

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

**A CONSTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DA
SANÇÃO PENAL IMPOSTA AO CRIME PREVISTO NO
ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06**

**ITUVERAVA
2010**

CARLA FERREIRA PITA OLIVEIRA

**A CONSTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DA
SANÇÃO PENAL IMPOSTA AO CRIME PREVISTO NO
ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06**

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda, Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
Título de Bacharel em Direito.**

Orientadora: Profª. MSc. Giovanna Estela Vaz

**ITUVERAVA
2010**

CARLA FERREIRA PITA OLIVEIRA

**A CONSTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DA
SANÇÃO PENAL IMPOSTA AO CRIME PREVISTO NO ART.
28 DA LEI Nº 11.343/06**

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade Dr. Francisco Maeda,
Fundação Educacional de Ituverava, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.**

Ituverava, _____ de _____ de 2010.

Orientadora: _____
Prof^ª. Ms. Giovanna Estela Vaz

Examinador: _____

Examinador: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu amado e terno esposo, Genivaldo, companheiro que não demanda esforços em compartilhar a vida; e aos meus queridos filhos, Amanda e Murilo, pela responsabilidade que têm para com suas próprias vidas e pelo incentivo na conclusão deste projeto de vida que em muito demandou renúncia ao convívio familiar.

AGRADECIMENTOS

A Deus que ilumina meus caminhos e guia-me conforme sua vontade.

Aos meus pais, João Alberto e Sebastiana, que sempre me enveredaram pelo caminho do bem e da verdade, bem como por suas orações nos momentos de aflição desta jornada.

Ao meu querido esposo, Genivaldo, que nos momentos de desânimo estendeu-me a mão e nunca me desamparou neste projeto de vida.

À minha amada filha Amanda que com sua meiguice e notável sabedoria é capaz de proferir palavras de encorajamento nos momentos necessários.

Ao meu amado filho Murilo que com sua alegria radiante e por, desde pequenino, demonstrar retidão de conduta, o que me é mola propulsora para alcançar meus objetivos.

Aos meus queridos irmãos: Flávio, Helton e Marina, que se empenham por tudo que sou e posso ser.

Aos queridos sobrinhos: Gabriel, Lívia, Heitor e Vítor, que com suas existências demonstram que, apesar dos infortúnios e tristezas, a humanidade sempre será agraciada por pessoas de bem.

À minha querida amiga Maíra, incomparável companheira, que demonstrou durante essa jornada que amizade é somar confiança, dividir alegria, ser cúmplice da vida e respeitar diferenças.

Às minhas amigas Sandra e Sílvia pelas palavras de apoio e incansável cumplicidade na caminhada da vida, pelo carinho despendido e por não desistirem de mim.

Ao amigo Murilo Paschoim pelas palavras de conforto e pela prontidão em auxiliarme, fatores sem os quais este trabalho não seria concluído da maneira como o foi.

Ao culto Dr. Leonardo Breda por crer que todo ser humano tem potencial para aprimorar-se, pela confiança e pelo incentivo na busca de conhecimento, o que muito contribuiu com meu crescimento profissional.

À Maria Aparecida, que, com carinho e dedicação, cuidou de minha casa e principalmente de meus filhos durante minha ausência.

Aos mestres com os quais tive o prazer de conviver durante o curso de Direito, não somente pelo conhecimento compartilhado, mas, sobretudo, pelas palavras de motivação na tentativa de superação das dificuldades.

À minha orientadora Dra. Giovanna Estela Vaz, que depositou em mim a confiança para realização deste trabalho e ao Dr. Clóvis Alberto Volpe pela colaboração nas pesquisas.

Aos queridos amigos Ednéia Marra, Rosana Jacomine, Denise Trevizani, Mariana Pimenta, Ana Carolina Martinez, Luiz Roberto Paschoim, Maria Aparecida Freitas, Alessandra Xavier Zachi, Cleyton Pacheco, Helio Júnior e Eliel Pimentel, que de alguma forma, seja por empréstimos de livros, seja por suas palavras de motivação ou mesmo por suas orações contribuíram com o êxito do presente trabalho.

Aos inesquecíveis Janilce, Winston, Lívia, Júlia, Roberto, Edmur e Bruno, simplesmente por existirem e terem feito parte da minha vida neste período.

A todos os colegas de trabalho que tiveram uma palavra amiga para motivar-me no findar deste ciclo, em especial, Neusa Garnica, Ádria Valéria, Renato Manoel, Janete Aparecida, Antônio Carlos, Fernando Bertochi e Eurípedes Donizete.

Enfim, a todos que fazem e fizeram parte desta jornada e são responsáveis pelo êxito em seu término, os quais têm morada certa em meu coração.

“Os grandes inovadores éticos não foram homens e mulheres que soubessem mais que os outros; foram homens e mulheres cujos desejos eram mais impessoais e de maior âmbito que os homens e mulheres comuns. A maioria dos homens e mulheres deseja sua própria felicidade; considerável percentagem deseja a felicidade de seus filhos; poucos desejam a felicidade da nação e apenas alguns desejam a felicidade de toda a humanidade”.

(Bertrand Russel)

RESUMO

O presente trabalho procura analisar as modificações promovidas pela Lei n.11.343/06 quanto à conduta daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga para consumo pessoal, em especial quanto ao abrandamento da persecução criminal pela extinção da pena privativa de liberdade. Para o entendimento de toda a problemática das drogas e das inovações trazidas com a reforma legislativa estuda-se a evolução histórica da legislação brasileira desde os primórdios e a influência internacional nesta seara, os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal e as penas no tocante às suas teorias ante o fracasso da pena de prisão e propagação das penas alternativas. E nesta abordagem doutrinária ainda há considerações acerca dos modelos político-criminais inerentes ao Estado Democrático de Direito e especificamente adotados pela Nova Lei de Drogas, a fim de esclarecer o possível equívoco numa leitura apressada do art. 28, da mencionada lei, que pode conduzir à conclusão de *abolitio criminis* pela estipulação de penas alternativas aos usuários e dependentes de drogas. Enfim, é necessário pontuar os aspectos mais relevantes deste artigo após toda pesquisa exploratória e bibliográfica, para que não haja dúvida de que as condutas relativas ao porte de drogas para consumo pessoal continuam classificadas como crime, até porque o caráter preventivo e o fim ressocializador desta atual política criminal de drogas autorizam o caráter sancionatório. Neste quadro, portanto, tem-se o Direito Penal garantista, como *ultima ratio*, preocupado em promover a prevenção do uso, atenção e reinserção social do usuário e dependente de drogas e não apenas no fim retributivo da pena, evidenciando um passo para a descriminalização e conseqüente abordagem de toda a problemática na esfera extrapenal. Assim, ao analisar toda esta conjuntura é possível aferir a constitucionalidade, a efetividade e o papel ressocializador das penas alternativas previstas no art. 28, da Lei n.11.343/06.

Palavras-chave: Lei n. 11.343/06. Usuário na nova lei de drogas. Política Criminal. Descriminalização. Penas alternativas.

SUMMARY

This work intends to analyze the modifications promoted by the Law n°. 11.343/06 in the behavior of those who acquire, guard, has as deposit, transport or having about drug for personal consumption, in special as the mitigation of the criminal persecution for the extinction of the liberty private penalty. For the understanding of all the appointing drugs problems and the innovations brought with the law reformation, it is relevant to study the historic evolution of the Brazilian law since the beginning and the international influence in this field, the constitutional principles which limits the state punishment power and the punishment in its theories in face of the prison failure and the propagation of alternatives punishment. In this doctrine boarding there are still considerations about the politics and criminal models inherent to the democratic law state and specifically adopted by the New Drug Law, with the purpose to clear the possible mistake in a hurry reading of the article 28, of the mentioned law, which can conduct to the conclusion of the *abolition criminins* for the stipulation of alternative penalties to the drug users and dependents. However, it is necessary to point the most relevant aspects of this article after all this exploratory and bibliographic research for not having doubts about the conducts relationed to the drug portage for personal consumption continue to be classified as crime, and that is because the preventive character and the resocialize objective of these drug criminal politics authorize this punishment character. In this time, therefore, it is relevant to notice that the guarantor Criminal Legislation, as *ultima ratio*, worried in promote the use, attention and social reinsertion prevention of the drug user and dependent, not just in the retributive purpose of the punishment, evidencing one step to the discrimination and consequent boarding of all the problematic in the extra criminal sphere. So, in analyzing all this conjecture it is possible to calibrate the constitutionality, the effectivety and resocializing role of the alternative punishments prescribed in the article 28, of the Law n°. 11.343/06.

Keywords: Law n°. 11.343/06. user in the new drug Law. Criminal politics. Not criminalize. Alternative punishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS DE CONTROLE E REPRESSÃO DE DROGAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
1.1 ASPECTOS GERAIS	17
1.2 PANORAMA HISTÓRICO MUNDIAL	19
1.2.1 PRINCIPAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE ENTORPECENTES	20
1.2.1.1 Convenção Única de Nova York sobre entorpecentes	20
1.2.1.2 Convenção sobre substâncias psicotrópicas de Viena	20
1.2.1.3 Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas – Viena	21
1.2.1.4 Acordo Sul-Americano de entorpecentes e psicotrópicos – Buenos Aires	21
1.2.1.5 Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional – Nova York	22
1.3 PANORAMA HISTÓRICO BRASILEIRO	22
1.4 ANÁLISE CONTEXTUAL DA NOVA LEI DE DROGAS	28
1.4.1 POLÍTICA CRIMINAL	31
1.4.1.1 Conceito de Política Criminal	32
1.4.1.2 Política Criminal da Lei n. 11. 343/06	34
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	41
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	41

2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	43
2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL	43
2.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	46
2.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	49
2.6 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	50
2.7 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	51
2.8 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	53
2.9 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	54
3 AS TEORIAS DA PENA, A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS PENAS ALTERNATIVAS	55
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	55
3.2 TEORIAS DA PENA	57
3.2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS	57
3.2.2 TEORIAS PREVENTIVAS OU RELATIVAS	59
3.2.2.1 Teoria da prevenção geral	59
3.2.2.2 Teoria da prevenção especial	60
3.2.3 TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS	61
3.2.4 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA	62
3.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora	62
3.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora	63
3.2.5 TEORIAS RESSOCIALIZADORAS	64
3.3 CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	65
3.4 PENAS ALTERNATIVAS	69
4 INOVAÇÕES E POLÊMICAS DA LEI N. 11.343/06 QUANTO AO USUÁRIO DE DROGAS	75
4.1 A FIGURA DO USUÁRIO À LUZ DA LEI N. 11.343/06	75

4.2 NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06	77
4.3 PENAS APLICÁVEIS AOS USUÁRIOS	85
4.3.1 ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS	86
4.3.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE	88
4.3.3 MEDIDA EDUCATIVA DE COMPARECIMENTO A PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO	89
4.3.4 EFETIVIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS	90
CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a modificação advinda com a Lei nº 11.343/06, no que diz respeito à posse de drogas para consumo pessoal, tendo em vista que uma leitura apressada do artigo 28, da mencionada lei, pode levar à conclusão de *abolitio criminis* ou à perplexidade de criação de um tipo penal limitado a uma sanção de restrição de direitos ou à multa, em razão da centralização do ordenamento jurídico na pena privativa de liberdade.

Desta forma, demonstra-se a necessidade de estudar essa reformulação legislativa que alterou o tratamento penal do usuário e dependente de drogas e ampliou os tipos penais incriminadores, a efetividade da sanção penal imposta àquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio e a conformidade da Lei nº 11.343/06 com a Constituição Federal, em virtude de toda a estrutura do Direito Penal fundamentada na tutela do bem jurídico saúde pública, e pela repercussão na esfera pessoal, jurídica e social dos malefícios do consumo de droga.

Todo o estudo tem por base a Lei nº 11.343/06, que alterou a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 10.409/02 atendendo aos clamores de reformulação da legislação criminal que impingia ao mero usuário de droga sanção privativa de liberdade e conduzia à estigmatização e constrangimento das pessoas dependentes. A nova lei ensejou uma disciplina jurídica das condutas associadas ao consumo indevido de drogas, bem como provocou uma discussão doutrinária acerca da ocorrência ou não da descriminalização.

Aliás, observa-se que todas as modificações promovidas pelo legislador nesta Nova Lei de Drogas almejam o abrandamento da persecução criminal quanto ao usuário e dependente de droga e a promoção da conscientização pessoal e social dos malefícios produzidos pela droga, além de proporcionar eficácia às medidas penalizadoras e à atuação do Estado. Até porque, no molde em que é instituído o Estado Brasileiro, pena “trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes” (NUCCI, 2007 b, p.52).

Por esse motivo, é necessária uma análise de toda a conjuntura histórica, social, política, econômica e jurídica, bem como a influência internacional no Direito interno, por se

tratar de um dos temas mais polêmicos do mundo contemporâneo que merece a devida atenção, já que seus efeitos atingem direta e indiretamente a família e a comunidade, além de demandar uma atuação conjunta de todos os setores da sociedade.

Vale ressaltar que todo o trabalho de abordagem do porte de droga para consumo pessoal e da legislação criminal vigente no Brasil deve ocorrer sob a ótica da Constituição Federal de 1988, que, ao instituir o Estado Democrático de Direito, determinou como seu fundamento a submissão do Estado ao império da lei, a fim de resguardar a consolidação dos direitos dos cidadãos e a redução das desigualdades sociais, instituindo como um dos pilares para esta execução o Poder Judiciário.

Tanto que, segundo Kelsen, a Constituição estabelece o padrão de validade das normas penais e assegura uma hierarquia no sistema, de tal modo que as leis inferiores não alcancem vigência ou legalidade se contrariarem norma constitucional. E não seria diferente para com a Lei nº 11.343/06, a qual se encontra em consonância com a norma hipotética fundamental (CORRÊA; SCHECARIA, 1995).

Assim, é correto afirmar que o nosso Estado, fundamentado na ordem constitucional, visa um Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado que objetive a redução das desigualdades sociais sob o império da lei, sendo que “é exatamente esse Estado Democrático que vai condicionar toda a estrutura penal. E os direitos fundamentais da pessoa humana se constituem na fonte permanente para a elaboração do conteúdo da norma penal, que, por sua vez, deve respeitar, mormente, a dignidade do cidadão” (CORRÊA; SCHECARIA, 1995, p.12).

Enfim, serão analisadas todas as nuances do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, pontuando os aspectos relevantes da legislação brasileira e, principalmente, o respeito à ordem constitucional, para melhor análise dos efeitos no mundo jurídico.

Primeiramente, haverá uma introdução sobre os primórdios das legislações referentes às drogas, uma contextualização histórico-social tanto em âmbito nacional quanto internacional e as contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, apresenta-se o conceito de drogas, analisa-se o contexto da Nova Lei de Drogas, bem como se realiza um minucioso estudo da política criminal norteadora desta inovação legislativa e o papel do Estado diante de toda problemática.

No segundo capítulo é realizado um estudo pormenorizado dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, a concretização de cada um na Lei nº 11.343/06 e a incumbência destes em resguardar o cumprimento efetivo da lei, o equilíbrio entre o direito à segurança e a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade e a

importância de se tratar o Direito Penal como *ultima ratio* para esgotar todos os meios extrapenais de solução e tutelar apenas os bens jurídicos penalmente relevantes.

Demonstrada a evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro quanto à disciplina das drogas e os princípios limitadores da intervenção estatal, tanto explícitos quanto implícitos, analisa-se a pena como instrumento de controle social, sendo necessário aferir, mesmo que sucintamente, a sua utilização durante o transcorrer da história e sua evolução, as transformações políticas que tanto contribuem na definição da extensão e da aplicação do sistema de penas em determinado momento histórico, enfim, as teorias acerca da pena. Também é nesse ponto que será apreciada a crise da pena privativa de liberdade e sua ineficácia quanto à ressocialização dos condenados e o movimento propulsor das penas alternativas ou restritivas de direitos.

É nesta perspectiva de falência ou fracasso do sistema prisional que se propagou a ideia das penas e medidas alternativas e fomentou esta inovação legislativa quanto ao usuário e dependente de drogas no que tange à extinção da pena privativa de liberdade. Assim, o quarto capítulo terá uma apresentação do bem jurídico penalmente tutelado pela Lei nº 11.343/06, as condutas tipificadas, as inovações e conflitos advindos com o artigo 28, principalmente no que diz respeito à sua natureza jurídica que evidencia a ocorrência ou não de descriminalização, o posicionamento dos principais doutrinadores e da jurisprudência acerca do tema, as penas alternativas impostas, bem como a efetividade destas.

Sendo assim, é oportuno verificar todos os avanços, bem como problemas e conflitos jurídicos advindos com o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e em cumprimento das normas constitucionais. Até porque, incumbe ao Poder Judiciário juntamente com demais setores da sociedade apreciar uma questão que atinge o âmbito pessoal e social, fato este que demanda uma atuação jurisdicional frente aos clamores da população.

Pretende-se realizar a abordagem metodológica a partir de pesquisa exploratória e bibliográfica, baseada, principalmente, em leitura de livros, periódicos, doutrina e jurisprudências relacionados ao tema. Além do exame de legislação pertinente, sendo o conteúdo de todas as leis e códigos mencionados no decorrer do trabalho disponibilizado na página eletrônica da Presidência da República Federativa do Brasil.

Enfim, tendo por base esta metodologia pretende-se analisar toda a evolução histórica da legislação brasileira no que diz respeito às condutas relativas ao porte indevido de drogas, os tipos penais constantes no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, a constitucionalidade e eficácia

das penas alternativas, as nuances destas inovações legislativas e a instauração de um novo estatuto jurídico quanto aos usuários e dependentes de drogas em direção à descriminalização.

Após a verificação e estudo dos dados encontrados em todo o material selecionado, há o desenvolvimento e elaboração da monografia jurídica pautando-se em uma análise crítica da matéria.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS DE CONTROLE E REPRESSÃO DE DROGAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 ASPECTOS GERAIS

Os primeiros relatos acerca do uso de drogas remontam à Antiguidade, período em que já havia polêmica e divergência, porque esta palavra nem sempre foi utilizada exclusivamente como sinônimo de substância nociva ao homem, já tendo sido referência a medicamentos com capacidade medicinal para curar doenças. Para os gregos, a diferença entre um veneno e um remédio em potencial estava diretamente relacionada à dose, ao objetivo do uso. Assim, a princípio, eram utilizadas em rituais mágicos e/ou religiosos, bem como para fins medicinais, fato este que não coaduna com a realidade vivenciada pela sociedade contemporânea.

Não é possível precisar a origem etimológica da palavra droga, que pode ter originado do árabe *drowa*, cujo significado é “bala de trigo”, ou mesmo da palavra holandesa *drooge vate*, que significa “tonéis de folhas secas”, em referência aos primórdios da humanidade, em que os medicamentos eram manipulados basicamente de extratos vegetais. Entretanto, foram os franceses que, pela primeira vez, utilizaram a palavra no contexto em que a conhecemos atualmente, do vocábulo *drogué*, cujo significado é “ingrediente, tintura, substância química ou farmacêutica”. Hoje, para a concepção médica, droga é qualquer substância capaz de modificar o funcionamento dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas, ou comportamentais (NEAD, 2010).

Ocorre que aliada a esta multiplicidade de definições ainda há as divergências de abordagem no âmbito jurídico, farmacológico, médico e social, nos quais se utiliza tanto a expressão entorpecente quanto drogas para referir-se ao mesmo tema. Aliás, este fato inclusive repercutiu no ordenamento jurídico brasileiro, conforme será analisado adiante nas alterações legislativas quanto ao objeto material dos crimes de drogas.

Tanto que a doutrina estipula várias classificações de droga, fundamentadas de acordo com diferenciados critérios, mas, no que diz respeito à substância, há a divisão da droga em dois grupos, quais sejam: as naturais, obtidas através de plantas, animais e até de minerais; e as sintéticas, aquelas fabricadas em laboratório, com utilização de produtos químicos e técnicas especiais.

Para o senso comum, droga trata-se de uma substância proibida, ilegal, que apresenta um efeito nocivo sobre o ser humano, visto que lhe modifica as funções, sensações, comportamento e humor. Hodiernamente, droga é “Substância empregada como ingrediente em farmácia, química, etc; entorpecente; coisa ruim, sem valor; *interj.* Indic. De frustração ou desânimo.” (RIDEEL, 1999, p.175).

Portanto, denota-se que a expressão droga não é uma entidade exclusivamente jurídica, tendo repercussão ampla em vários campos da sociedade, razão pela qual o conceito de droga não é unívoco, como bem explicitado:

Em sentido amplo, seria um fenômeno contracultural que significa qualquer substância admitida pela coletividade, cuja concepção esconde um jogo de interesses e conotações subjetivistas, morais, políticas etc. [...] Ao revés, em sentido estrito, o conceito de droga pode apresentar-se de acordo com a perspectiva ‘popular’, médico-científica ou farmacológica (substâncias que ou não têm aplicação médica ou a têm, mas é utilizada indevidamente) e a jurídica (só seriam drogas o que a lei determina). Ainda dentro do conceito jurídico, poderia se falar de um conceito jurídico-administrativo, jurídico-penal etc! (PIETRO RODRÍGUEZ, 1993, p. 25 apud GRECO FILHO, 2009, p.6-7).

Nesse contexto, Grego Filho (2009) traz que a Organização Mundial de Saúde optou pela denominação terminológica mais técnica e adotou o termo droga ao invés de entorpecente, cuja definição é toda substância, natural ou sintética, capaz de produzir em doses variáveis os fenômenos de dependência psicológica ou dependência orgânica.

Em consonância com este posicionamento, a legislação brasileira, em 2006, promoveu a correção deste equívoco conceitual e não mais classifica droga como entorpecente, por ser aquela o gênero, tendo, para tanto, definido no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas) que: "Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Ademais, consignou o legislador a complementação desta lei, considerada para muitos doutrinadores como norma penal em branco, ao Poder Executivo da União, cujo órgão competente pelo controle de drogas e pela edição da lista das drogas que causam dependência

é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde, inclusive como se encontra previsto no artigo 66, da Nova Lei de Drogas:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Assim, sendo norma penal em branco, ela necessita de uma complementação para ser aplicada, como explicado:

Enquanto a maioria das normas penais incriminadoras é composta de normas completas que possuem preceito e sanções integrais de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras, existem algumas com preceitos indeterminados ou genéricos, que devem ser preenchidos ou completados. As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto. Esse complemento pode já existir quando da vigência da lei penal em branco ou ser posterior a ela. (MIRABETE, 2006, p.31).

Nesse sentido, o artigo 66, em consonância com o art. 1º, parágrafo único, ambos da Lei em estudo, determinou a vigência da Portaria SVS/MS nº 334, de 12 de maio de 1998, devendo a substância ou produto capaz de causar dependência se encontrar devidamente especificado em lei ou em listas da União para a caracterização da tipicidade da conduta, por exemplo, as tipificadas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Além de toda essa controvérsia conceitual e doutrinária que repercutem no mundo jurídico, é preciso analisar toda a estrutura construída pelo Direito Penal, fundamentada na tutela eficaz do bem jurídico saúde pública frente a um problema que atinge, primeiramente, de forma gravosa e maléfica o indivíduo. Isso porque, o Estado ao exercer o controle coercitivo penal, no qual estipula, por exemplo, o uso de drogas como criminalmente punível, atua sobre a esfera individual e na sociedade.

Tanto que durante o desenvolvimento do presente trabalho de pesquisa, pretende-se demonstrar toda a evolução desta atuação estatal no âmbito criminal para controle e repressão do uso de drogas.

1.2 PANORAMA HISTÓRICO MUNDIAL

As primeiras manifestações para controle e repressão das drogas surgiram apenas no século XX e, dentre elas destaca-se como principiante a Conferência de Xangai, em 1909, da qual participaram 13 países para discutir o problema do ópio indiano infiltrado na China e que, infelizmente, não alcançou resultados práticos.

Em dezembro de 1911, ocorreu a Primeira Conferência Internacional do Ópio, em Haia, que elaborou uma Convenção Internacional vigente tão somente a partir de 1921 em razão da Primeira Guerra Mundial. Aliás, o uso em massa de entorpecentes relata-se logo após a Primeira Grande Guerra, fruto das terríveis lembranças, do ódio e das ilusões desfeitas.

Esta Convenção Internacional resultou na criação da Sociedade das Nações, a quem foi concedida a atribuição de elaboração de acordos sobre tráfico de ópio e outras drogas nocivas.

Ainda relacionadas à Sociedade das Nações tem-se mais cinco conferências, em cujos feitos destaca-se: a ampliação do conceito de substância entorpecente e instituição do sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação (Conferência de novembro de 1924), e o estabelecimento da obrigação de os Estados participantes tomarem as providências para proibirem, no âmbito nacional, a disseminação do vício (Conferências de 1931 e 1936).

Ocorre que não apenas quanto ao uso de drogas, mas também em outras conjunturas que demandaram inicialmente uma forte atuação estatal, as tentativas de repressão apresentaram resultados duvidosos ou pouco eficazes em razão da sobreposição dos interesses econômicos aos interesses da humanidade.

E apesar da existência de um movimento de repressão do uso de drogas mesmo que tímido, durante a Segunda Guerra Mundial houve novamente um aumento do consumo de drogas decorrente de toda a convulsão de âmbito internacional e perturbação social, o que ensejou grandes preocupações à recém-criada Organização das Nações Unidas. Sob a sua convocação, destacam-se a Convenção Única de Nova York sobre entorpecentes de 1961, além da Convenção de Viena de 1971 sobre psicotrópicos e a Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

1.2.1 PRINCIPAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE ENTORPECENTES

Sem pretender uma abordagem histórica aprofundada e extensa, estes são apenas alguns dos principais debates travados mundialmente, ao longo dos anos, por especialistas e doutos representantes de todas as áreas do conhecimento, na expectativa de encontrarem uma solução ideal e eficaz de combate ao uso e ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, condizente com a realidade de cada país, com incentivo tanto para a repressão quanto para a prevenção e o tratamento do usuário de drogas.

1.2.1.1 Convenção Única de Nova York sobre entorpecentes

A Convenção Única de Nova York sobre entorpecentes de 1961, modificada pelo Protocolo de Genebra de 1972, e o qual foi ratificada pelo Brasil na promulgação do Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, relacionou os entorpecentes e classificou-os segundo suas propriedades, bem como estabeleceu medidas de controle e fiscalização.

Ainda dispôs a respeito das medidas que deveriam ser adotadas no plano nacional para a efetiva ação contra o tráfico ilícito, bem como assegurou a cooperação mútua e coordenada entre os Estados nesta luta. Entretanto, as disposições não foram taxativas, o que permitiu aos Estados-membros a adoção de medidas mais rígidas e condizentes com a situação local para proteger a saúde pública.

1.2.1.2 Convenção sobre substâncias psicotrópicas de Viena

Esta convenção sobre substâncias psicotrópicas firmou-se em Viena, em 21 de fevereiro de 1971, mas vigorou somente a partir de 16 de agosto de 1972, tendo o Brasil a ratificado com a ressalva de algumas reservas.

Em 26 de março de 1972, em Genebra, ocorreu a modificação da Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 com o intuito de aperfeiçoá-la, tendo, conseqüentemente, provocado a alteração da composição e função do Órgão Internacional de Controle de

Entorpecentes, extensão das informações que devem ser fornecidas para controle da produção de entorpecentes naturais e sintéticos, e determinação da necessidade de fornecimento de tratamento ao toxicômano.

1.2.1.3 Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas – Viena

Esta Convenção foi concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988, porém, apenas entrou em vigor internacionalmente, em 11 de dezembro de 1990, com a pretensão de fortalecer os meios jurídicos efetivos de combate ao tráfico ilícito, complementando as Convenções de 1961 e 1972. Insta consignar, ainda, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

1.2.1.4 Acordo Sul-Americano de entorpecentes e psicotrópicos – Buenos Aires

No que diz respeito ao âmbito da América do Sul, em consonância com a política internacional de repressão ao uso indevido de drogas da Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 e suas modificações, houve o Acordo Sul-americano de entorpecentes e psicotrópicos, em Buenos Aires, o qual se pautou na problemática de que o uso indevido de drogas demanda atenção permanente e solidária dos países integrantes da América do Sul, devendo todos atuar por princípios e objetivos comuns, principalmente para harmonização das normas legais.

No Brasil, depois de aprovado pelo Decreto Legislativo nº 78, de 5 de dezembro de 1973, este acordo foi promulgado pelo Decreto nº 79.455, de 30 de março de 1977.

1.2.1.5 Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional – Nova York

Esta Convenção, em continuidade à política criminal da Convenção de Viena, foi firmada, em 15 de dezembro de 2000, com o intuito de promover mais eficazmente a cooperação na prevenção e combate da criminalidade organizada transnacional, para repercutir em vários crimes relacionados às drogas, e, conseqüentemente, incentivar as reformas nos ordenamentos jurídicos dos diversos países.

No Brasil, a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Considera-se, portanto, que esses são apenas alguns exemplos de normas e organizações internacionais de combate às drogas que influenciaram e continuam repercutindo em todo o ordenamento jurídico brasileiro para constituição de uma política criminal eficaz e capaz de atender não apenas às perspectivas do Estado, bem como aos anseios, em sentido estrito, do indivíduo e, em sentido amplo, da sociedade.

1.3 PANORAMA HISTÓRICO BRASILEIRO

No âmbito nacional, pretende-se analisar a questão da repressão, prevenção e tratamento do uso de drogas sob uma perspectiva objetiva e concisa, a fim de delimitar a política criminal sobre a qual se fundamenta a legislação brasileira, destacando os principais pontos, a origem da preocupação no Brasil quanto a toda problemática, bem como as mais importantes medidas repressivas contidas no ordenamento jurídico.

Nesta perspectiva, tem-se o Livro V das Ordenações Filipinas, de 1603, como a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas, no Brasil. Isso porque, após o descobrimento pelos portugueses, passou a vigorar na então colônia o Direito lusitano.

Primeiramente, foram as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V; seguidas das Ordenações Manuelinas, em 1521, por determinação de D. Manuel I; e, finalmente, as Ordenações Filipinas, promulgadas, em 1603, por Filipe II, que deveria ser

formalmente a lei penal a ser aplicada no Brasil. Contudo, o regime jurídico em nossas terras era catastrófico, remontava aos períodos mais obscuros da História da Humanidade, e caracterizava-se pelo poder descentralizado e ilimitado detido por cada donatário para julgar e administrar.

Assim, as Ordenações Filipinas, consideradas o alicerce do Direito Português, regente da vida brasileira por mais de dois séculos, e notadamente conhecidas pelo exagero das penalidades e pela disparidade de tratamento destinado aos agentes do delito, inclusive com previsão de pena de morte e com total desrespeito ao princípio da legalidade, bem como por eventuais confusões entre direito, moral e religião, preocupou-se com a questão das drogas, no Título LXXXIX, ao dispor que:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar e seja degredado para África até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fóra, e as vender as pessoas, que não forem Boticarios. E os Boticarios as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officios as não mister, sendo porem Officiaes conhecidos por elles, e taes, de que se presume que as não darão á outras pessoas. E os ditos Officiaes as não darão e nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano fôr. E os Boticarios poderão metter em suas mesinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escritores fôr mandado. E fazendo contrario, vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pola segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem. (PIERANGELLI, 1980, p.78 apud GRECO FILHO, 2009, p.61).

Posteriormente, adveio o Código Criminal do Império de 1830, em conformidade com a determinação da Constituição Brasileira de 1824 de elaboração de um Código Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade. Todavia, este código não disciplinou matéria relativa ao porte e uso de entorpecentes, a qual foi abordada pelo Regulamento de 29 de setembro de 1851, que tratou sobre a polícia sanitária e a venda de substâncias medicinais e medicamentos.

Em seguida, foi o Código Penal Republicano de 1890, considerado como o pior Código Penal de nossa história pelos graves defeitos de técnica e de atraso em relação à ciência de seu tempo, que legislou ser crime “expor à venda, ou ministrar substâncias

venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”. (PIERANGELLI, 1980, p.286 apud GRECO FILHO, 2009, p.61).

Contudo, tais dispositivos isolados apresentaram resultados pouco significativos em toda a problemática quanto às drogas já instalada no Brasil, o que, em muito, assemelhava-se a outras localidades do mundo.

É nesse cenário, com o intuito de propiciar efetividade à legislação vigente e reunir todas as leis extravagantes elaboradas para suprimir os equívocos e imperfeições do Código Republicano, que se editou o Decreto nº 20.930/1932, conhecido como Consolidação das Leis Penais, o qual, posteriormente, foi modificado pelo Decreto nº 24.505, de 1934.

Mas, a doutrina considera que o avanço expressivo da repressão brasileira à toxicomania ocorreu a partir do Decreto nº 780, de 1936. Tanto que, dando prosseguimento a esta orientação, em seqüência foi editado o Decreto-Lei nº 891, de 1938, inspirado na Convenção de Genebra de 1936, o qual estatuiu: a relação de substâncias consideradas entorpecentes; as normas restritivas de produção, tráfico e consumo de tóxicos, sendo expressamente previsto como proibidos o plantio, a cultura, a colheita e a exploração por particulares de qualquer uma das drogas; e o tratamento dispensado aos toxicômanos, ao abordar a internação e a interdição civil dos dependentes, e considerar a toxicomania uma doença de notificação compulsória reservada à autoridade sanitária, demonstrando grande preocupação com a saúde dos usuários de drogas.

Há, inclusive, o Decreto-Lei nº 3.114, de 1941, que criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, com a função precípua de estudar e estabelecer normas gerais de fiscalização e repressão dos entorpecentes, como também reunir as diversas normas esparsas referentes à matéria.

Portanto, este momento destaca-se como um dos marcos iniciais da mudança de perspectiva quanto ao usuário de drogas, por admitir a dependência de drogas como uma doença que necessita de tratamento específico.

Com o Código Penal de 1940, a questão do porte, uso e comércio de drogas passou a ser disciplinada pelo art. 281, sob a denominação “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”, o qual previa, na redação original, que:

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

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

§1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Penal – reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I – Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II – Utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III – Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substâncias entorpecente.

§4º As penas aumentam-se e um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Este referido artigo, inclusive, foi objeto de posteriores alterações, como por exemplo, pela Lei nº 4.451/1964, o Decreto-Lei nº 385, de 1968 e, em última análise, pela Lei nº 5.726/71.

Entretanto, denota-se que ainda existia neste momento histórico um impasse quanto ao conceito e abrangência do termo drogas, sendo evidente a adequação do Brasil ao cenário mundial de combate às drogas com a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, promulgada por meio do Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, em cujo conteúdo havia relação dos entorpecentes, aliás, bem mais completa que a do Decreto-Lei nº 891/38, a classificação destes segundo suas propriedades, assim como disposições para controle e fiscalização.

Ademais, é neste período que o Brasil passou também a enfrentar o problema nocivo de outras substâncias capazes de determinar dependência física, equiparando-as aos entorpecentes para os fins penais e de fiscalização e controle. Assim, o preâmbulo do Decreto nº 54.216/1964 é digno de ser reescrito, a fim de demonstrar tudo quanto explanado e essa dificuldade de conceituação e de tratamento quanto ao uso de drogas e das substâncias a elas semelhantes, bem como a repressão ao seu uso indevido:

Preâmbulo. As Partes, Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, Conscientes de seu dever de prevenir e combater êsse mal. Considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal. Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns, Reconhecendo a competência das Nações Unidas em matéria de controle de entorpecente e desejosas de que os órgãos internacionais a êle afetos estejam enquadrados nessa Organização. Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias afins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacional

permanente para a consecução de tais finalidades e objetivos. Concordam, pela presente, no seguinte.

Verifica-se, portanto, que a partir deste momento o Brasil ingressou definitivamente no cenário mundial de repressão, ao agregar-se a uma política acirrada no combate às drogas e adotar uma concepção criminalizadora. Tanto que, a Lei nº 5.726/71, a qual também alterou o artigo 281, do Código Penal de 1940, disciplinou a respeito de medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica, destacando-se como um dos diplomas de maior iniciativa mundial para a época.

Assim, faz-se necessário ponderar, antes de prosseguir para o próximo antecedente legislativo, que a Lei nº 5.726/71, do Código Penal, como bem preleciona Vicente Greco Filho (2009), procurou ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento válido para a obtenção de resultados eficazes no combate ao vício, sendo a iniciativa mais completa e satisfatória na repressão aos tóxicos em âmbito mundial.

É neste propósito que adveio a Lei nº 6.368/76, a qual manteve, em linhas gerais, a orientação da lei anterior quanto à importância da educação e conscientização no combate aos tóxicos, e, sem dúvida trouxe ressalvada distinção entre as condutas do mero usuário da substância entorpecente e àquelas atribuídas ao agente, que se enquadra no rol dos traficantes. O artigo 16 da referida lei, quanto ao usuário de drogas, dispunha ser crime:

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

Pena – Detenção de 06 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Insta consignar que a parte penal da referida lei permaneceu até a Lei nº 11.343/06, como será explicado adiante. Isso porque, o projeto da Lei 10.409/02 objetivava revogar a Lei nº 6.368/76, todavia, devido à péssima definição dos crimes, seus dispositivos foram quase que totalmente vetados pelo Presidente da República, tendo vigorado somente no que se refere à parte procedimental.

Instalou-se, então, a balbúrdia de possível descriminalização geral, contudo, o direito material, qual seja definição de crimes e penas, encontrava-se regulamentado na Lei nº 6.368/76 sem qualquer incompatibilidade com a nova lei, e, assim, a parte processual era prevista na Lei nº 10.409/02. Apesar disso, a Lei nº 10.409/02 trouxe à baila a primeira

tentativa de modificação do tratamento penal dado ao usuário de drogas, de modo a separar o simples consumidor do grande traficante, em continuidade à distinção já proposta pela Lei nº 6.368/76.

Ante essa péssima situação legislativa, a solução mais correta e adequada adveio com a promulgação da Lei nº 11.343/2006, objeto de estudo do presente trabalho. Porém, antes de adentrar em maiores detalhes, cabe observar que apesar da necessidade de adequação legislativa, a qual se sanou em 2006, também houve uma movimentação constitucional, da legislação penal e processual com repercussão no combate às drogas, e além das fronteiras do ordenamento jurídico, como forma de invocar a participação de toda sociedade para a prevenção do uso, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Para tanto, a Lei nº 11.343/06, no artigo 28, dispôs:

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.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

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

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

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

I – admoestação verbal;

II – multa.

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Nesse cenário, verifica-se uma atuação governamental para instituir uma política pública de combate às drogas de forma mais humanitária e em consonância com os direitos humanos assegurados na Constituição Federal, sendo exemplos desta iniciativa, a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), criada, em 1998, após a Assembléia Especial das Nações Unidas sobre Drogas, com a incumbência de reprimir, prevenir, tratar e reinserir socialmente

o usuário de drogas; e o 2º Fórum Nacional Antidrogas, de 2002, no qual se divulgou pela primeira vez, no Brasil, um Plano Nacional de combate às drogas, e trouxe a possibilidade de ampliar o debate com a sociedade sobre a política criminal brasileira.

1.4 ANÁLISE CONTEXTUAL DA ATUAL LEI DE DROGAS BRASILEIRA

A Lei nº 11.343/06, sancionada em 23 de agosto de 2006 e regulamentada pelo Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006, entrou em vigor em 08 de outubro do mesmo ano, após uma *vacatio legis* de 45 dias, trazendo a unificação dos aspectos materiais e processuais, anteriormente disciplinados na Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02, bem como a segurança jurídica tão almejada pelos aplicadores do Direito em matéria que versa sobre a interferência estatal, seja quanto ao uso, seja quanto ao tráfico de entorpecentes.

A Nova Lei de Drogas foi dividida em seis títulos, sendo: Título I (Disposições preliminares); Título II (Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas) com as normas de organização do Sisnad; Título III (Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas) composto pelos princípios e diretrizes das atividades de prevenção divididos em três capítulos, sendo que o Capítulo III (Dos crimes e das penas) tipifica somente a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a lei, de forma nítida a diferenciar a conduta penal de usuário ou dependente daquela de traficante, assunto que, aliás, será pormenorizado adiante; Título IV (Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas) cujo conteúdo prevê medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; e, por fim, os Títulos V e VI que disciplinaram a cooperação internacional e as disposições finais e transitórias, respectivamente.

Sendo assim, a Lei nº 11.343/06 prescreveu diversas medidas para a prevenção do uso de drogas, ao mesmo tempo em que procurou estabelecer meios para tratamento e reeducação do dependente e do usuário, e formas ainda mais rígidas para coibir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

Mas, apesar de todo o aparato legislativo e da previsão de interação de diversos órgãos estatais, seja no âmbito jurídico, executivo ou legislativo, a Lei nº 11.343/06, expressamente enuncia, por opção consciente, que os delitos relativos às drogas necessitam de complementação para a definição do tipo de substância que deve ser considerada droga, o qual é remetido ao que estiver especificado em lei ou presente em listas administrativas.

Além disso, na fase de sanção presidencial, a Lei nº 11.343/06 teve dez artigos vetados, quais sejam 6º, 8º a 15, que tratavam de atribuições específicas dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Políticas Públicas – Sisnad, pela inconstitucionalidade da intervenção na autonomia constitucional de Estados e Municípios e violação ao princípio federativo, pois a participação dos entes federados deve ser voluntária, mesmo diante de um problema que exige a competência concorrente e a cooperação mútua de todos.

O artigo 71 foi vetado por contrariar a separação dos Poderes, ao interferir nas leis de organização judiciária dos Estados. Nesse sentido, Vicente Greco Filho trasladou em seu livro as razões do veto:

O projeto manteve clara a separação entre o tradicional modelo denominado retributivo adequado à repressão da produção não autorizada, do tráfico ilícito de drogas e aquilo que modernamente se conhece por 'justiça restaurativa', adequada à prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. A idéia fundamental do novo tratamento legislativo e judicial exige, para sua efetividade, um tratamento diferenciado entre o usuário/dependente e o traficante, objetos de tutela judicial diversos. Consolida este modelo não só a separação processual, mas é essencial que os destinatários de cada modelo sejam processados em unidades jurisdicionais diferentes, como previsto no sistema geral da nova lei: Juizado Especial para usuários/dependentes e justiça comum para traficantes. As varas especializadas para o julgamento de crimes que envolvam drogas certamente serão fundamentais para a repressão, no contexto do modelo retributivo, porém representarão sensível retrocesso se passarem a acumular em um mesmo ambiente jurisdicional, atividades preventivas de cunho terapêutico, baseadas no modelo sistêmico restaurativo que é voltado ao acolhimento, à prevenção da reincidência, à atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas. O veto ao dispositivo manterá a essência e a coerência do projeto restaurando a idéia inicial de atribuir tratamento distinto ao traficante e ao usuário. Cumpre assinalar que o art. 71 do projeto de lei, agride severamente os arts. 96, II, d, e 125, §1º, ambos da Constituição da República, ao estabelecer normas reguladoras da competência material da jurisdição, interferindo, indevidamente, na organização e divisão judiciárias, tema reservado à iniciativa exclusiva do Poder Judiciário, em atenção ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, da Carta Magna). (GRECO FILHO, 2009, p.273).

Contudo, quanto ao Sisnad - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, tem-se como uma das inovações positivas da Lei nº 11.343/06 no campo da prevenção do consumo de drogas. Previsto no Título II, artigos 3º a 5º, 7º, 16 e 17, da Nova Lei de Drogas, apresenta: a prescrição de medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; o estabelecimento de normas para repressão à

produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; e a determinação da composição e da organização do Sisnad.

Para tanto, o artigo 4º, do referido diploma, estatuiu os princípios balizares do Sisnad, quais sejam:

Art. 4º. São princípios do Sisnad:

- I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- II – respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;
- III- a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- IV – a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
- V – a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
- VI – o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;
- VII – a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;
- VIII – a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;
- IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;
- X – a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;
- XI – a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.

Denota-se, portanto, nesse dispositivo uma notória ênfase de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, à diversidade e especificidades populacionais existentes, de promoção dos valores éticos, culturais, bem como da necessidade de responsabilidade compartilhada e cooperação entre Estado e sociedade numa abordagem multidisciplinar para assegurar a prevenção do uso indevido de drogas, a repressão à produção não autorizada e o tráfico ilícito, e o tratamento e reinserção social de usuários e dependentes, de forma a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Aliada à concretização destes princípios, o Sisnad ainda possui a incumbência da realização de quatro objetivos, os quais estão elencados no artigo 5º, da Lei nº 11.343/06, e dizem respeito à prevenção e à repressão às drogas, duas atividades de políticas públicas merecedoras da mesma importância legislativa, como se depreende do inciso X, do artigo 4º, e dos incisos I e III, do art. 5º, ambos da Nova Lei de Drogas:

Art. 5º. O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I – contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

[...]

III – promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Portanto, no que diz respeito à prevenção, as diretrizes visam diretamente ao consumidor de drogas (dependente ou usuário), já quanto à repressão, trata-se daqueles envolvidos com a produção de drogas sem autorização ou com o tráfico ilícito.

E para propiciar a efetividade deste plano, a Nova Lei de Drogas disciplinou a organização do Sisnad de forma a assegurar a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal, constituindo-se em matéria devidamente regulamentada na lei e, contando para o fiel cumprimento de todas as suas finalidades com o apoio de instituições, como, por exemplo, do Ministério da Saúde, Ministério da Educação, Ministério da Justiça e Gabinete de Segurança Institucional.

Desta forma, a Lei nº 11.343/06 normatizou a necessidade de execução de políticas públicas para que a prevenção, o tratamento e a repressão às drogas obtenham sucesso efetivo. Contudo, convém lembrar que, além da mudança legislativa, da coordenação do ordenamento jurídico com as transformações ocorridas na sociedade, faz-se necessária a concretização de todos os preceitos, princípios e objetivos contidos no texto legal, a participação de toda sociedade e um esforço conjunto dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

1.4.1 POLÍTICA CRIMINAL

A vida em sociedade necessita de um complexo de normas reguladoras e disciplinadoras a fim de propiciar o convívio harmônico entre todos os indivíduos que a integram. E é justamente esse conjunto de regras, oriundo do sentimento de consciência de grupo social, obedecido e cumprido por todos, com a previsão de consequências e sanções para o caso de violação das normas jurídicas, além da instituição de princípios gerais e critérios para aplicação das penas e medidas de segurança, que se dá o nome de Direito Penal.

Assim, quando as infrações aos direitos dos indivíduos que integram a sociedade extrapolam os interesses individuais e atingem bens jurídicos relevantes, e os demais meios de controle social demonstram-se ineficazes para restabelecer a harmonia do convívio social é que se apresenta o Direito Penal, como *ultima ratio*. Nesse sentido:

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. (BITENCOURT, 2000 a, p.02).

Portanto, o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade, especificamente dos bens jurídicos fundamentais, como por exemplo, vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc., sendo necessário ressaltar que a critério do legislador alguns bens jurídicos não são tutelados penalmente pela irrelevância social da ação lesiva.

É justamente todo esse conjunto de princípios e normas reguladoras do convívio em sociedade, aliada ao modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve o sistema sancionador, que compõe e caracteriza a política criminal adotada pelo país, tema que merece a devida atenção no presente item para uma melhor compreensão da sanção penal estatuída pela Nova Lei de Drogas.

1.4.1.1 Conceito de Política Criminal

Considera-se que a partir da segunda metade do século XVIII, iniciou-se um processo de remoção das velhas concepções arbitrárias, em oposição às ideias e procedimentos de uma legislação penal vigente de excessiva crueldade, marcada por pena capital e castigos corporais. É nesse contexto que principia severas críticas às normas penais, em defesa das liberdades dos indivíduos, dos princípios concretizadores da dignidade do homem.

Para as correntes iluministas e humanitárias, a pena não devia consistir em um tormento ao ser humano, mas ser proporcional ao crime, ter em consideração no momento da aplicação, por exemplo, as circunstâncias pessoais do infrator, em consonância com um ordenamento preocupado com a prevenção eficaz do delito e cujo conteúdo viabilize tal finalidade. Esse movimento de ideias atingiu o apogeu na Revolução Francesa e influenciou a reforma do sistema punitivo.

Assim, o Direito Penal é dotado de força política, a fim de resguardar exclusivamente o exercício do *jus puniendi* ao Estado, excluindo tal direito da esfera privada, inclusive quanto ao início da persecução penal, cuja obrigatoriedade é dos agentes públicos investidos constitucionalmente. Por este motivo, é necessário reconhecer a importância das relações entre a Ciência do Direito Penal e as demais ciências que estudam a conduta e o comportamento humano. A assertiva é abaixo corroborada:

A Política Criminal é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais, além de cuidar do tratamento do delinquente. Tradicionalmente considerada como arte, ou mera técnica, ela é na verdade uma disciplina de natureza científica, embora na sua aplicação tendente a reformular o sistema jurídico, revele aspectos que a situam como um critério até mesmo como um processo artístico, concebendo-se a arte na acepção mais abrangente, isto é, como todo o conjunto de regras capazes de dirigir uma atividade humana qualquer. (DOTTI, 1998, p.178).

E justamente essa preocupação da Política Criminal com o incessante processo de mudança social, da repercussão do Direito Penal na sociedade e do resultado prático do desempenho das instituições, que viabilizam a construção de princípios e recomendações que lhe embasam. Portanto, a Política Criminal é uma ciência preocupada com a redução da criminalidade, que orienta as decisões políticas do Estado, a partir da qual se instituem normas jurídicas que fundam o Direito Penal. Assim, não se baseia na pura repressão do crime, mas enfatiza também as políticas sociais de combate à delinquência, com o auxílio da Criminologia.

Até porque, o Direito Penal deve ser utilizado somente quando os demais meios sancionatórios demonstrarem-se ineficazes, ou seja, como *ultima ratio*, em atenção aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade, numa concepção minimalista e garantista.

Desta maneira, a análise do custo/benefício ingressou definitivamente no campo do Direito Penal, resultado de uma tendência que vem crescentemente caracterizando a Política Criminal desde 1960: o interesse pelas consequências do Direito Penal. Conforme abaixo enunciado:

Se se amplia o foco de visões pontuais na jurisprudência para abranger as tendências no clima político-criminal, percebe-se que o conceito de consequências não é marginal nem causal, mas adequado ao tempo atual. Então [...] é possível demonstrar, pelo menos, que (1) a “moderna” Política Criminal se entende como orientada para as consequências; (2) a concepção das consequências foi e tem sido propulsora da mais nova elaboração legislativa penal; (3) um tal conceito também influencia a formação da própria teoria do Direito penal. (HASSEMER, 2008, p.140-141).

Vale lembrar ainda que, numa concepção de política criminal, toda valoração adotada deve estar amparada sob o manto da lei, de forma que as decisões valorativas político-criminais introduzidas no Direito Penal não se contradigam, mas estejam unidas numa síntese.

1.4.1.2 Política Criminal da Lei nº 11.343/06

Atualmente, considera-se existir em nível mundial quatro modelos político-criminais quanto às drogas, e por consequência, no que diz respeito ao usuário e dependente de drogas.

Primeiramente, o modelo norte-americano: que prega a abstinência e a tolerância zero, por considerar as drogas um problema policial, especificamente militar, cuja solução plausível é o encarceramento massivo de todos os envolvidos com drogas. Nesse sentido a narrativa abaixo:

[...] diga não às drogas é um programa populista, de eficácia questionável, mas bastante revelador da política norte-americana. O paradoxo: na Guerra do Vietnã os EUA trocaram apoio por drogas. De outro lado, a solução 'militar' para o problema da droga não vem produzindo bons efeitos: a interminável guerra na Colômbia, v.g., evidencia a dificuldade enorme dessa política exageradamente repressiva, que vem sendo muito criticada.

A ONU, de um modo geral, vem sustentando essa posição norte-americana. No seu relatório anual de 2002, v.g., divulgado pelo Comitê Internacional de Controle de Narcóticos (em 26.02.2002, cf. O Estado de São Paulo de 27.02.2002, p. C6), alertava que a 'liberalização' da maconha traria drásticas consequências para todos os países. Criticava, ademais, os vários países europeus por adotarem outro enfoque sobre o tema. (BIANCHINI, A. et.al., 2009, p.163-164).

Entretanto, esse modelo político-criminal repressivo apresenta resultados concretos pouco expressivos, por tratar-se de um delito no qual a vítima ao satisfazer interesse particular concorre para a conduta delituosa, o que dificulta a ação punitiva do Estado contra os culpados e possibilita a impunidade, bem como desencadeia a intensificação do tráfico de drogas e os problemas econômicos e na área da saúde.

Para Gomes et. al. (2009), esse modelo norte-americano deve ser repensado, já que o Estado deve enfatizar o direito penal mínimo com a retirada do ordenamento de algumas condutas tipificadas ao invés de priorizar a repressão. Isso porque:

[...] De um lado, não há como abandonar completamente a repressão. Mas a cada dia se nota que isso só parece ter sentido quando o tráfico é dirigido contra menores ou incapazes. Todo tipo de repressão ao tráfico entre adultos tende a se um insucesso. Deve ser controlado e desestimulado, não há dúvida, mas não se pode confiar na repressão. De outro lado, o que vale em matéria de drogas é a conscientização geral

da população em relação aos seus efeitos nefastos. Quem alimenta o tráfico é o usuário, logo, pouco adianta prender um ou outro traficante (que sempre será substituído em sua área com prontidão), se a demanda continua em alta. A velha lei do mercado diz: onde há procura há oferta! Temos que buscar diminuir o número de usuários (mas jamais jogando qualquer carga punitiva sobre eles, que são vítimas, não criminosos). (BIANCHINI, A. et.al., 2009, p.164).

O segundo é o modelo liberal radical (liberalização total): pelo qual “a famosa Revista inglesa *The Economist*, com base nos clássicos pensamentos de Stuart Mill, vem enfatizando a necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário.” (BIANCHINI, A. et. al., 2009, p.164). De acordo com este modelo político-criminal, toda a problemática relativa ao assunto drogas gera consequências diferentes para ricos e pobres, sendo que apenas estes sofrem a persecução criminal detida exclusivamente pelo Estado.

O terceiro modelo é o da redução de danos (ou sistema europeu): que se caracteriza pela oposição ao modelo norte-americano, tendo em vista que a Europa ao invés de adotar a política de abstinência e tolerância zero, pauta-se pela redução dos danos causados aos usuários e aos terceiros pelas drogas, por exemplo, através do oferecimento de seringas, e de assistência médica.

Para o Professor Luis Flávio Gomes, este seria o enfoque correto para o problema, pela defesa da “[...] descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle (‘regulamentação’) e educacional; droga é problema de saúde privada e pública.” (BIANCHINI, A. et. al., 2009, p.164).

Insta consignar que esse modelo político-criminal de redução de danos assemelha-se muito à Justiça restaurativa no que diz respeito ao usuário de drogas, devido à distinção deste com o traficante e pela orientação de prevenção, atenção e reinserção social do usuário/dependente de drogas.

Por quarto modelo de política criminal tem-se a Justiça terapêutica, que “[...] centra sua atenção no tratamento e, por conseguinte, propugna pela disseminação dessa reação como a forma adequada para cuidar do usuário ou do usuário/dependente.” (BIANCHINI, A. et. al., 2009, p.165).

De acordo com esta concepção política, também é necessário a distinção entre usuário e dependente de drogas, pois “[...] em regra, o usuário de droga não se converte num dependente. Ser usuário de droga (ou de álcool) não significa ser tóxico-dependente (ou alcoólatra). A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa seria mais adequada em cada caso concreto.” (BIANCHINI, A. et. al., 2009, p.163). Até porque:

[...] o tratamento compulsório, sublinhe-se, desde logo, não foi previsto na nova Lei para o usuário. Esse tratamento pode ser: 1) espontâneo: a nova Lei disciplina (art. 22) o tratamento espontâneo, mas com a natureza de medida administrativa (será multiprofissional e, sempre que as circunstâncias permitirem, com a assistência da família); 2) obrigatório para os casos de inimputabilidade (parágrafo único do art. 45); 3) substitutivo para o caso do semi-imputável (art. 47). Nenhum tratamento compulsório – ressalvando-se o caso do inimputável-, como se sabe, conta com (grandes) chances de sucesso. (BIANCHINI, A. et. al., 2009, p.165).

Especificamente quanto à Lei 11.343/06, denota-se a adoção clara de três dos modelos político-criminais citados acima. Quanto ao tráfico ilícito e à produção não autorizada de drogas, tem-se como consenso geral a adoção do modelo norte-americano de tolerância zero. Aliás, visualiza-se um posicionamento mundial para que tal conduta continue a ser crime, estando em consonância os artigos 33 a 39, da referida lei.

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.

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

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

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

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

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

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

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1o, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

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

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

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

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

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no *caput* deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

De modo harmonioso, numa síntese de modelos político-criminais divergentes, a Lei nº 11.343/06 ainda implantou a política de redução de danos, como se depreende da leitura dos artigos abaixo:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro reflete o posicionamento predominante de que a prevenção quanto ao uso indevido de drogas merece papel de destaque, pela possibilidade de maiores benefícios e por enquadrar-se no perfil mais moderno de políticas públicas.

Entretanto, assim como em outras legislações, a Lei nº 11.343/06 carece de meios para implementação dessas políticas, sendo meramente hipotéticas. Não bastasse isso, como bem assevera Vicente Greco Filho “qualquer medida preventiva específica tem por pressuposto necessário a melhoria da educação, da saúde, das relações familiares, das condições da infância e da juventude e de todos os demais fatores de desenvolvimento social”. (GRECO FILHO, 2009, p.115).

E, finalmente, o terceiro modelo político-criminal adotado pela Lei nº 11.343/06 é a justiça terapêutica, como estabeleceu o Capítulo II, do Título III, intitulado “Das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas”:

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;
II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;
III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;
IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;
V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;
VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

Este capítulo indica a preocupação do legislador em reinserir socialmente o usuário ou dependente de drogas, com respeito às diferenças de cada um, de modo a fornecer o melhor tratamento. Aliás, resta evidente o encaminhamento da Nova Lei de Drogas às novas tendências do Direito Penal, adequando-a ao posicionamento estrangeiro de extinção da pena de prisão ao usuário de drogas em favor da prevenção, do tratamento e reinserção social deste.

Célebres doutrinadores corroboram tal entendimento:

Tendência da política criminal estrangeira sobre o assunto: nos últimos anos, e reafirmando o papel das novas tendências do Direito penal, vários países deixaram de punir (penalmente) o porte ou posse para consumo pessoal de determinadas drogas.

Neste sentido a Lei 30/2000 de Portugal, que afastou a pena de prisão para o porte de droga para consumo, prevendo multa aos consumidores ocasionais, vindo também reforçar o tratamento para os dependentes. Portugal e Grécia, recorde-se, foram praticamente os últimos países do continente europeu a adotar essa política descriminalizadora.

Como se vê, na Europa o enfoque tem sido distinto do norte-americano, pois praticamente todos os países já descriminalizaram (retiraram o caráter de ilícito penal, transformando a posse da droga para uso como infração administrativa) ou despenalizaram (leia-se: suavizaram a pena de prisão) para o usuário ou dependente de droga. Sancionaram o fato com multa administrativa ou com penas alternativas e

dão absoluta prioridade para o tratamento (sempre que haja anuência do interessado e necessidade).

[...] Prevenção e redução de danos: frente ao usuário (ou usuário dependente) chegou-se a um consenso (quase que mundial) no sentido de que não funciona a política puramente repressiva norte-americana. Mais racional é o modelo político-criminal europeu, que se funda na prevenção e redução de danos (e que se aproxima do que modernamente se chama de Justiça restaurativa). (BIANCHINI, A. et. al., 2009, p.174-175).

Portanto, a Lei nº 11.343/06, em consonância com o cenário internacional no combate às drogas e lastreada numa atuação governamental mais humanitária, englobante de todos os setores da sociedade, instituiu um modelo político-criminal que visa à harmonia entre atividades de prevenção do uso, tratamento e reeducação do usuário e dependente e medidas mais rígidas de vedação da produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, não apenas reuniu os conceitos de Estado de Direito, o qual se fundamenta na submissão do Estado aos dispositivos da lei para determinação de sua formação, estrutura e jurisdição, e de Estado Democrático, que tem como primazia a consolidação dos direitos dos cidadãos de forma a reduzir as desigualdades, como criou um conceito novo: a de um Estado que procura realizar a síntese de um processo contraditório vigente no mundo contemporâneo como meio de superação do Estado capitalista, para a conseqüente concretização de um Estado promotor de justiça social.

Em consonância com este entendimento:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (AFONSO DA SILVA, 2005, p.119-120).

Em razão disso, a Constituição Federal de 1988 possibilita a concretização dos direitos sociais, o exercício da cidadania e a existência de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana.

Insta consignar ainda que, assim como no Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito também é norteado pelo princípio da legalidade, sujeito ao império da lei, mas de uma lei capaz de realizar o princípio da igualdade e da justiça e viabilizar a igualdade de condições entre os cidadãos.

Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses. (AFONSO DA SILVA, 2005, p.121).

É justamente nesse contexto que se condicionará toda a estrutura penal, sendo os direitos fundamentais da pessoa humana a fonte permanente para elaboração das normas penais, que, conseqüentemente, devem respeitar a dignidade do cidadão. Portanto, esta incidência de princípios constitucionais ao sistema penal acaba por limitar o poder do legislador.

Tanto que a Constituição é considerada o padrão de validade das normas penais, de tal forma que existe uma hierarquia no sistema do Estado Democrático de Direito, no qual as normas inferiores somente alcançam vigência ou legalidade se estiverem em consonância com a norma fundamental.

Sendo assim, o Direito Penal regula relações entre os membros da sociedade e o Estado, estabelecendo normas proibitivas e cominando as respectivas sanções para as condutas que atentem contra os bens jurídicos fundamentais protegidos pelo sistema constitucional, como garantia da sobrevivência da ordem jurídica e em respeito às determinações da Constituição Federal.

Portanto, para o Estado Social e Democrático de Direito, os princípios reguladores do controle penal amparados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, no capítulo dos direitos e garantias individuais (artigo 5º), são garantias ao cidadão perante o poder punitivo estatal e orientam o legislador a um sistema de controle penal mínimo e garantista.

2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Os princípios reguladores do controle penal, que também podem ser denominados princípios constitucionais básicos de garantia do cidadão ou, tão somente, princípios fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito são a garantia máxima do cidadão de respeito aos direitos fundamentais frente ao poder punitivo estatal, motivo pelo qual integram os Códigos Penais dos países democráticos e receberam assento constitucional.

Todo este amparo dos princípios fundamentais da ciência penal sob a égide das Constituições impõe limites à intervenção estatal nas liberdades individuais e na reforma do sistema punitivo e evita o caráter cruel e desumano do Direito Penal de tempos outrora, como por exemplo, no Estado Absolutista, marcado por um sistema repressivo com penas brutais e atrozes até o advento de grandes transformações com a Revolução Francesa em razão dos ideais de igualdade e de liberdade do Iluminismo.

No Brasil, esses princípios garantistas fundamentais, que serão analisados no presente trabalho, estão amparados pela Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, de forma a guiar o legislador infraconstitucional para um sistema de controle penal primado pelos direitos humanos e fundamentado em um Direito Penal da culpabilidade, em um Direito Penal mínimo e garantista.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, foi consagrado por Feuerbach, no início do século XIX, pelo brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sendo apontado por alguns doutrinadores como sua origem remota o Direito Romano, e para outros a Magna Carta, de João Sem Terra.

A causa próxima do princípio da legalidade, porém, está no Iluminismo (século XVIII), tendo sido incluído no art. 8º da 'Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão', de 26-8-1789, nos seguintes termos: 'Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.' Antes disso, porém, já fora inscrito nas legislações das colônias americanas que se tornavam independentes: Filadélfia (1774), Virgínia (1776) e Maryland (1776), para depois fazer parte do Código Penal Austríaco (1787), do Código Penal Francês (1791) e do Código Napoleônico (1810), irradiando-se para

todo o mundo civilizado. No Brasil, foi inscrito na Constituição de 1824 e repetido em todas as cartas constitucionais subsequentes. (MIRABETE, 2006, p.37).

Trata-se de um princípio com a força precípua de controlar o poder punitivo estatal ante a drástica intervenção nos direitos fundamentais do cidadão, de forma a impedir toda e qualquer arbitrariedade e excesso de repressão ao delito por parte do Estado. Talvez, ele represente a mais importante conquista política, sendo a chave mestra de qualquer sistema penal, constituindo-se em norma básica do Direito Penal moderno.

Para tanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está inscrito no artigo 1º, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”; e, principalmente, assegurado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Conforme explica Julio Fabbrini Mirabete (2006), pelo princípio da legalidade o agente só pode ser punido, se antes ao fato por ele praticado, houver uma lei que o considere como crime, ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso.

Nesse sentido, a doutrina considera que o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: o da reserva absoluta da lei; o da anterioridade da lei penal; e um terceiro desdobramento que estaria relacionado à enunciação dessas normas de modo que a lei penal defina taxativamente a conduta proibida.

Quanto à primeira proposição, é no sentido de que a lei, a qual é emanada do Poder Legislativo por procedimento determinado constitucionalmente, estabelece a definição de crimes e a cominação de sanções penais, o que acaba por excluir outras fontes do Direito e regras jurídicas que não sejam lei em sentido estrito.

Até porque, o direito sancionatório tem estreito vínculo com as fontes do Direito Penal, tendo em vista que, no Brasil, o Estado é a única fonte de produção de normas penais, competindo privativamente à União legislar neste âmbito, conforme estatui a Constituição Federal no artigo 22, inciso I. Tanto é assim, que a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, no artigo 62, §1º, I, b, da CF, proibiu expressamente a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas a direito penal e processual penal, estando em consonância com a jurisprudência.

Assim:

No que diz respeito às normas incriminadoras (que criam crimes e definem penas, sejam estas clássicas ou alternativas) ou agravadoras (que prejudicam o acusado de qualquer outro modo: aumento de pena, agravamento na execução da pena etc.), somente a lei é fonte do Direito Penal; já os costumes, a analogia e os princípios

gerais só são admitidos quando beneficiam o acusado ou o réu. (GOMES, 2000, p.65).

Quanto à anterioridade da lei penal relativo ao crime e à pena, assegura-se ao criminoso que somente será aplicada pena prevista anteriormente em lei como infligida ao autor do crime ora em questão. Desta maneira, tem-se uma garantia de ordem criminal *nullum crimen sine praevia lege* e de âmbito penal *nulla poena sine praevia lege*.

Portanto, faz-se necessário que a lei defina abstratamente o fato punível, a conduta considerada ilícita, já que descrição penal imprecisa, obscura impede a delimitação do preceito primário e permite o arbítrio do aplicador da lei.

Um dos grandes expoentes, durante o Iluminismo, das aspirações da burguesia frente às arbitrariedades dos governantes e juízes foi Cesare Beccaria, tendo Luiz Flávio Gomes transcrito o seguinte trecho da obra “Dos Delitos e das Penas”, que postula não apenas a existência prévia de lei para determinação de delitos e penas como também vincula o juiz ao texto legal e enuncia a legitimidade única do legislador para criar tais leis:

Para que toda pena não seja violência de um ou de muitos contra um particular cidadão, deve essencialmente ser pública, pronta, necessária, a mais pequena das possíveis nas circunstâncias atuais, proporcionada aos delitos e ditada por leis (...) só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social. (BECCARIA, 1982, p.112 apud GOMES, 2000, p.66).

Entendimento mantido pelos atuais doutrinadores:

Em termos esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2000 a, p.10).

Como acentua Francisco de Assis Toledo, o princípio da legalidade é obtido no quadro da denominada ‘função de garantia penal’, que provoca seu desdobramento em quatro princípios: (a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (proibição da edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade); (b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário); (c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia); (d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (a proibição de leis penais indeterminadas). (MIRABETE, 2006, p.39).

Conclui-se que o princípio da legalidade, constante nas Constituições democráticas e, inclusive, na nossa Constituição Federal, torna o Direito Penal defensor das liberdades públicas fundamentais, restringe a atuação estatal na esfera individual e garante os direitos do cidadão, sendo, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito.

2.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima juntamente com uma série de outros princípios e, principalmente, o da legalidade, são imprescindíveis um ao outro e integram um todo indivisível para propiciar a concretização do Estado Democrático de Direito. Isso porque, mesmo que o princípio da legalidade limite o arbítrio do julgador, ele é incapaz de tolher o Estado de criar tipos penais injustos e com sanções degradantes, motivo pelo qual se faz necessário limitar também o arbítrio do legislador.

Assim, este princípio, também relacionado ao Direito Penal como *ultima ratio*, que não se encontra previsto expressamente na Constituição Federal nem no Código Penal, é o aspecto importante na formação da política criminal de um país. Ficará evidente no presente trabalho que a atual Lei nº 11.343/06, embasada no princípio da intervenção mínima, procurou orientar a política criminal de combate ao uso de drogas, enfatizando a necessidade de adoção de medidas de controle social diversas das tradicionais sanções penais e de aplicação da mínima interferência na liberdade individual.

O princípio da intervenção mínima é assim explicado:

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2000 a, p.11).

No entanto, a exigência de não intervenção do Direito Penal não é algo recente, tendo Luiz Flávio Gomes (2000) advertido ser oriunda dos clássicos e da doutrina iluminista (como Beccaria, Betham, Stephen, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão etc.) as primeiras reivindicações de não intervenção estatal, porque, no princípio do século XX, Von Liszt já repudiava a aplicação exagerada da pena como meio de luta contra o delito.

Então, pelo princípio da intervenção mínima depreende-se que a intervenção estatal no âmbito penal deve ficar restrita à proteção de bens jurídicos relevantes, sendo a incidência penal justificada após o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social (medidas civis ou administrativas etc.).

Ademais, a proteção de determinados bens jurídicos considerados relevantes, de acordo com a doutrina majoritária, seria a verdadeira missão do Direito Penal. E nessa busca por definição:

[...] Roxin salienta que eles podem ser definidos como ‘circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos’. Dentro desta concepção estaria o dever do Estado de garantir não somente as condições para uma coexistência pacífica entre os homens, mas também a proteção de suas próprias instituições. (CALLEGARI, 2009, p.30).

[...] a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais. Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da ‘inflação legislativa’ reinante nos ordenamentos positivos. (BITENCOURT, 2000 a, p.11-12).

Assim, o princípio da intervenção mínima procura ajustar a medida da interferência estatal à vida de cada cidadão em sociedade para evitar excessos e arbitrariedades bem como impedir a restrição desmedida das liberdades individuais, de forma a estabelecer as hipóteses de incidência das normas penais e propiciar a análise da consequência jurídica de cada delito.

Em síntese, seria uma limitação à elaboração exacerbada de normas incriminadoras e sanções descabidas que interferem e ferem as garantias do indivíduo, porque o ordenamento jurídico penal não pode elevar ao extremo o poder punitivo estatal, transformar o Direito Penal em instrumento de terror e repressão e desvirtuar os princípios basilares da Ciência Criminal a ponto de comprometer os direitos e garantias dos cidadãos.

Além disso, a doutrina ainda considera como corolário do princípio da intervenção mínima os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. Pelo primeiro, tem-se que o Direito Penal deve limitar-se a sancionar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais relevantes, ou seja, trata-se de uma tutela seletiva do bem jurídico, o que denotaria o caráter fragmentário. Desta forma:

O Direito Penal – já afirmava Binding – não constitui um ‘sistema exaustivo’ de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um ‘sistema descontínuo’ de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal. (BITENCOURT, 2000 a, p.12-13).

Quanto ao princípio da subsidiariedade, considera-se como um princípio elementar, diretamente ligado à missão do Direito Penal, qual seja, a garantia a todos os cidadãos da

tutela efetiva apenas dos bens jurídicos de maior relevância de modo a preservar o indivíduo do poder punitivo estatal arbitrário. Destarte, só é legítimo recorrer ao Direito Penal após o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social, não cabendo à tutela penal o papel de moralização, e sim, de resolução de conflitos que concretamente ameaçam a harmonia da sociedade.

Até porque, denota-se no ordenamento jurídico brasileiro uma inflação legislativa no âmbito penal, pela existência de condutas tipificadas que não atendem o requisito do Direito Penal como *ultima ratio* e a relevância do bem jurídico que justifique a tutela penal e a criminalização da conduta. Isso notadamente caracteriza o desrespeito aos princípios constitucionais da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Em muitos casos os bens tutelados não são bens jurídicos de grande importância, carecendo de tutela penal. E, como mencionado acima, a criminalização de uma conduta só é legítima quando constituir o único meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, porque caso haja outras formas de controle social a tipificação criminal é inadequada, devendo-se priorizar, primeiramente, as sanções extrapenais, sob pena de interferir demasiadamente na esfera privada.

No caso da Lei nº 11.343/06, nota-se que o legislador puniu com maior brandura aquele que traz consigo a droga para uso próprio, aceitando que o perigo causado por essa conduta é menor que o provocado pelo traficante, com conseqüente extinção da pena de prisão para o usuário ou dependente de drogas e instituição de medidas alternativas para prevenção do uso, atenção e reinserção social aos infratores do artigo 28.

Portanto, vislumbra-se que o referido diploma legal também adotou sutilmente o princípio da intervenção mínima e, conforme será detalhado adiante, isso indica que a legislação brasileira caminha para a descriminalização da conduta tipificada no artigo 28, de modo a retirá-la do âmbito penal.

2.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Direito Penal sustentado na posição de intervenção mínima, através do princípio da proporcionalidade procura adequar a proporcionalidade da pena com a gravidade do delito, de modo que não haja a previsão de penas exageradas para delitos de menor importância, nem estipulação de sanções inferiores para aqueles crimes que objetivam a proteção de bem jurídico de grande relevância. Para tanto:

Ao elaborar tipos penais incriminadores deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho. (NUCCI, 2007 b, p.38).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 expressa que a tarefa do legislador ao instituir norma penal e a respectiva pena precisa pautar-se na proporcionalidade das sanções penais destinadas aos crimes praticados, ao preceituar no artigo 5º, inciso XLVI, uma escala de penas em harmonização às infrações praticadas: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

Percebe-se que a Lei nº 11.343/06 também procura atender o princípio da proporcionalidade, encontrando-se as penas alternativas aplicáveis aos usuários e dependentes de drogas em consonância com a Constituição Federal e com todos os dispositivos da ciência penal.

E o legislador infraconstitucional ainda consignou no ordenamento jurídico penal brasileiro, especificamente no artigo 59, do Código Penal que:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Portanto, a pena para ser legítima e eficaz deve respeitar de antemão os critérios de proporcionalidade fixados pelo constituinte, verificando a culpabilidade do agente, seus antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as

consequências. Até porque, o princípio da proporcionalidade é de grande importância para o Estado Democrático de Direito para, conjuntamente com o fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III, da CF, propiciar justiça e equidade ao cidadão sujeito ao poder imperativo do Estado.

É este contexto que norteia a Lei nº 11.343/06, quando do tratamento penal dos usuários e dependentes de drogas, com a finalidade de que a intervenção estatal na esfera individual não exceda os limites legais assegurados pelo Estado Democrático de Direito, seja proporcional à conduta, constitua a atuação penal a última forma de controle social e resguarde, antes de tudo, conforme preleciona a Carta Magna, a dignidade da pessoa humana.

2.6 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

De acordo com este princípio, o Direito Penal não prevê a responsabilidade objetiva, pelo resultado, devendo ficar adstrito ao princípio *nullum crimen sine culpa*, ou seja, “não há crime sem culpabilidade”, sendo de suma importância que o agente atue com dolo ou culpa.

Conforme será analisado em capítulo próprio, a Nova Lei de Drogas determina que para a configuração do crime de porte e uso de drogas, no qual se enquadra o usuário e o dependente de drogas, é necessária a presença do dolo, a intenção de praticar a conduta delituosa.

A culpabilidade, como afirma Muñoz Conde, não é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é um fenômeno social; ‘não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade’. Dessa forma, não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, em vez de psicológico, para o conceito de culpabilidade. (BITENCOURT, 2000 a, p.13-14).

Aliás, este princípio é resguardado no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e, também decorre da garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito amparada pela Constituição Federal, evidenciando:

[...] Quão arbitrária seria a atuação estatal buscando punir pessoas que causam danos ou criam situações de perigo fortuitamente, obra do acaso, sem desejar, nem atuar com falta do dever de cuidado objetivo. Assim, preservando-se a esfera de intimidade do ser humano, levando-se em conta que o Direito Penal é a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade), devendo ser o instrumento punitivo utilizado quando outro se torne ineficaz ou inadequado ao ilícito cometido, não se pode admitir, como regra, o Direito Penal sem culpa. (NUCCI, 2007 b, p.40).

Assim, em consonância com o disposto na doutrina, o conceito de culpabilidade apresenta um triplo sentido. Em primeiro lugar, a culpabilidade como fundamento da pena, a possibilidade de aplicação ou não de uma pena ao agente, observada uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta; outra face é a culpabilidade como elemento de medição ou determinação da pena, ou seja, como limite desta, de modo a impedir aplicação aquém ou além da medida prevista, aliada a outros critérios; e, por fim, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, sendo necessário um resultado com dolo ou culpa.

Por fim, “não há pena sem culpabilidade, o que desencadeia três conseqüências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; e, c) a culpabilidade é a medida da pena.” (BITENCOURT, 2000 a, p.15).

2.7 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No que diz respeito ao princípio da pessoalidade, a regra constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLV, estatui que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, de forma a evitar o Direito Penal primitivo, no qual o Estado permitia a extensão da pena além do criminoso, atingindo os sucessores do delinquente quando este fugia ou morria antes do cumprimento da pena. Conseqüentemente, essa transcendência da pena do agente:

Não somente feria a proporcionalidade e a razoabilidade que devem reger a atuação do Estado na repressão ao crime, como evidenciava flagrante desvio dos mais comezinhos princípios de garantia da inocência do ser humano até prova em contrário de sua culpa.

Assim, a individualização da pena tem por finalidade dar concretude ao princípio de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais transcendendo a pessoa do criminoso. E quanto a este, deve a sanção ser aplicada na justa e merecida medida. (NUCCI, 2007 b, p.40).

Portanto, a individualização da pena tem o condão de determinar a justa e adequada sanção penal, para fugir da padronização e avaliar o montante, o perfil, e os efeitos sobre o sentenciado, de modo a individualizá-lo e diferenciá-lo dos demais infratores. Com isso, impõe-se ao aplicador da lei penal abstrata ao caso concreto (individualização judiciária) que não haja generalizações capazes de ignorar as particularidades de cada indivíduo.

Além disso, consta no texto constitucional, no artigo 5º, inciso XLVIII, também como modo de individualização da pena, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Há basicamente quatro modos de se individualizar a pena: a) pena determinada em lei, que não dá margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este último é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2007 b, p.31).

Também se considera que o princípio constitucional de individualização da pena visa à concretização da igualdade perante a lei, estatuída no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Enfim, fica evidente a adoção desse princípio na Lei nº 11.343/06 pela expressa determinação de distinção penal e tratamento diferenciado entre o indivíduo considerado usuário ou dependente de drogas e aquele que realiza o tráfico ilícito de entorpecentes, bem como a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção do usuário e do dependente de drogas, sempre observando a diversidade, as particularidades de cada um para individualizar e diferenciar cada infrator.

2.8 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

A Constituição Federal adotou expressamente o princípio da humanidade das penas ao impossibilitar a atuação do poder punitivo estatal por meio de penas infamantes, cruéis, degradantes, que firam a dignidade da pessoa humana e a condição físico-psíquica do condenado, sendo o maior entrave para adoção da pena capital e da prisão perpétua. Desta maneira, o Estado deve pautar-se pela benevolência quando da aplicação da sanção penal, já que uma das finalidades da pena é a ressocialização.

Consta do artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”, bem como no artigo 5º, inciso XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Assim, este princípio da humanidade acaba por intervir na cominação, na aplicação e na execução da pena. Nesse sentido, merece destaque o trecho abaixo:

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade. (BITENCOURT, 2000 a, p.15).

Em igual sentido, é certo que nenhuma pena pode atentar contra a incolumidade dos membros da sociedade. Mesmo que o Direito Penal não tenha caráter assistencialista e pautar-se pela responsabilização do criminoso ante a violação dos bens jurídicos tutelados penalmente, deve, obrigatoriamente, assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Em cumprimento a este princípio, a Lei nº 11.343/06 proclama uma política criminal mais humanitária, capaz de proporcionar não apenas a prevenção do uso e a repressão ao tráfico ilícito de drogas, como também o tratamento e a reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, respeitando as particularidades de cada um no momento da aplicação da sanção.

2.9 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, a partir do provérbio latino *minima non curat praetor*, tendo sido mencionado em sua obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”. (BITENCOURT, 2000 b, p.19).

Por este princípio, a mínima ou irrelevante lesão do bem jurídico não justifica a atuação do poder punitivo estatal, sendo cabível a opção pela exclusão da tipicidade. Nesse contexto:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (BITENCOURT, 2000 a, p.19).

Portanto, podemos entender pelo princípio da insignificância que a irrelevância ou insignificância de determinada conduta não se opera apenas quanto à importância do bem jurídico atingido, mas, principalmente em relação ao grau de intensidade da lesão produzida.

Quanto à Nova Lei de Drogas, há uma discussão doutrinária sobre a aplicação deste princípio nos crimes de porte e uso de drogas, que enseja uma abordagem diferenciada a respeito da política criminal adotada pelo legislador infraconstitucional e que será melhor analisada adiante.

Por fim, conclui-se que o alcance dos princípios penais deve ser extenso para permitir a harmonia do sistema, conferir coerência à elaboração legislativa e possibilitar a aplicação jurídica de forma justa e sensata. Deste modo, é possível garantir ao Direito Penal que cumpra seu papel de intervencionista, mesmo que em caráter subsidiário, nos conflitos existentes na sociedade, punindo os delinquentes causadores de significativas lesões a bens jurídicos tutelados.

3 AS TEORIAS DA PENA, A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS PENAS ALTERNATIVAS

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A princípio, a pena tinha função reparatória, caráter essencialmente sacral, com a qual o homem primitivo retratava-se frente à divindade pelo seu comportamento, por acreditar que entidades sobrenaturais, denominadas Totens, eram as responsáveis pelos castigos ou premiações. Nesse período, as duas espécies de penas aplicáveis para restabelecer o equilíbrio interno eram a perda da paz ou banimento e a vingança do sangue ou pena de morte.

Embora os castigos fossem cruéis, percebe-se na Lei de Talião um indício de proporcionalidade entre pena e delito quando estatui “olho por olho, dente por dente”. Com a evolução da civilização humana, a pena perde esse caráter sacral, divino, teológico e passa a ser aplicada exclusivamente pelo Poder Público.

Com efeito, essa mudança de natureza da punição, resultou na ampla utilização da pena de morte por parte das antigas sociedades, que a tinham como principal instrumento de castigo e intimidação. Assim era em Roma onde os patrícios eram decapitados e os plebeus, como bem ilustra a Bíblia, crucificados. Antes de Roma, também a China, Índia, Egito, os fenícios, hebreus e gregos basearam seu sistema de penas na privação da vida. (CORRÊA JÚNIOR; SCHECARIA, 1995, p.19).

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. (BITENCOURT, 2000 a, p. 404).

Na Idade Média, inicia-se a ideia de privação da liberdade como pena, em reflexo ao posicionamento da Igreja que para punir clérigos faltosos aplicava a penalidade de reclusão em celas ou a internação em mosteiros baseada no ideal de caridade, redenção e fraternidade, tendo sentido de penitência e meditação.

A prisão dos mosteiros, segundo Von Hentig, irradia fluxos arquitetônicos e psicológicos que ainda perduram. A cela 'monacal' cumpria a totalidade de propósitos que a clausura perseguia, embora não se deva esquecer que, na prisão monacal, misturam-se antigos métodos mágicos com a separação do espaço e a purificação mediante as regras ordinárias da detenção. (...) Inegavelmente, o Direito Canônico contribuiu decisivamente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo 'penitência', de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras 'penitenciário' e 'penitenciária'. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas. (BITENCOURT, 2000 a, p.406-407).

Com o advento do Iluminismo e a influência dos novos ideais preconizados em obras liberais como a de Beccaria, a pena abandonou o fundamento teológico e assumiu um fim utilitário, sendo considerada somente justa quando necessária.

Em meio a tal contexto, tem origem a Escola Clássica do Direito Penal, que define a pena somente como castigo, mas precipuamente como retribuição. O infrator era ignorado, voltando-se a atenção ao crime, sendo a pena proporcional a este, e não aquele.

Opondo-se a esta teoria, a Escola Positiva colocou o homem como centro do Direito Penal, dando à pena o escopo da ressocialização do delinquente. Os positivistas do Direito Penal, como Cesare Lombroso e Enrico Ferri, consideraram a pena mais que um castigo, um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela. (CORRÊA JÚNIOR; SCHECARIA, 1995, p.19).

Aliás, é quase unânime o posicionamento no Direito Penal de que a pena justifica-se por sua necessidade, constituindo-se em recurso elementar do Estado para tornar possível a convivência entre os homens. “[...] pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.” (MIRABETE, 2006, p.246).

Até porque, como visto anteriormente nesse trabalho, o Estado tem a incumbência de tutelar a ordem pública e garantir o bem comum, tendo à disposição um direito penal objetivo composto por normas jurídicas descritivas de delitos e estabelecimento de sanções com a finalidade de combater o crime.

Desta forma, quando um sujeito por meio de uma conduta delituosa infringe uma norma penal, nasce para o Estado o direito de aplicar a sanção prevista na norma incriminadora, o qual é denominado *jus puniendi*. E do mesmo modo que o direito de punir do Estado possui limites no direito objetivo e nos princípios constitucionais, dentre os quais o da humanidade, também a punição penal deve ser norteadada por limites e finalidades.

É justamente durante o estudo do direito de punir do Estado (*jus puniendi*), bem como do dever de punir, que surgem três correntes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena, pois a pena é uma instituição social que reflete o estágio evolutivo de um povo, bem como o regime político a que está submetido. Assim, a teoria da pena pode, basicamente, ser dividida em retribucionista, preventiva, mista e ressocializadora.

E este estudo prévio acerca da pena e da crise da pena privativa de liberdade, é necessário antes de adentrarmos na análise das medidas alternativas consagradas na Lei nº 11.343/06 para os usuários e dependentes de drogas, porque repercutem um movimento político-criminal com a finalidade de diminuir os males causados pelas penas de prisão de curta duração e de resgatar o objetivo ressocializador da pena

3.2 TEORIAS DA PENA

3.2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS

Para a teoria retribucionista ou absoluta, a sanção penal tem como fundamento a realização da justiça, no qual se pune o agente porque este cometeu um crime (*punitur quia peccatum est*). Nesse caso, a pena seria uma retribuição ao mal do crime, uma consequência jurídica natural do delito da qual resulta uma igualdade, que é o único meio capaz de trazer a justiça. Assim, a sanção é tida como um verdadeiro castigo, um fim em si mesmo, puramente retributiva, sendo imposta por uma exigência ética sem qualquer conotação ideológica e sem preocupação com a pessoa do infrator.

Assim se pronuncia o ilustre doutrinador em relação à teoria absoluta:

[...] A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. (BITENCOURT, 2000 a, p.68).

Esta ideia de pena é melhor analisada juntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida, qual seja o Estado Absolutista, cujas características mais significativas eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a

religião, e a concessão de poder divino ao soberano. Nesse contexto, a pena era uma forma de expiação do pecado, em resposta a um atentado contra o poder divino.

Com o advento do Iluminismo, embasado na teoria do contrato social, ocorreram mudanças na concepção de Estado e, conseqüentemente, no fundamento da pena, que se tornou um meio necessário para restauração da ordem jurídica e conservação da organização social. Consta que:

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de decomposição e debilitamento. Isso dá margem a uma revisão da, até então estabelecida, concepção de Estado, caracterizada pela vinculação existente entre o Estado e o soberano e entre este e Deus. Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social. O Estado é uma expressão soberana do povo e com isso aparece a divisão de poderes. Com esta concepção liberal de Estado, a pena já não pode continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. (BITENCOURT, 2000 a, p.67-68).

Os defensores mais expressivos das teses retribucionistas são Kant e Hegel. Entretanto, há uma peculiar diferença entre eles quanto à fundamentação da teoria da pena, porque para Kant a conotação é de ordem ética, e para Hegel é de ordem jurídica.

De acordo com Kant, o indivíduo que descumprisse as disposições legais não era digno do direito de cidadania, e desencadeava a obrigação para o soberano de castigar impiedosamente. Nesse esquema, a pena deve ser aplicada em caso de transgressão à lei, pois seu objetivo é apenas realizar a justiça.

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito. (BITENCOURT, 2000 a, p.72).

Para Friedrich Hegel, “a pena é a negação da negação do Direito”, na medida em que a pena é necessária para o restabelecimento da vigência da “vontade geral” racional e liberal, simbolizada na ordem jurídica e a qual foi negada pela vontade do infrator. (BITENCOURT, 2000 a, p.72).

Aceitando que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinqüente, igualmente se deve aceitar que a pena não é apenas um ‘mal’ que se deve aplicar só porque antes houve outro mal porque seria – como afirma o próprio Hegel – ‘irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior’. A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. Assim, [...] a pena é lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido. (BITENCOURT, 2000 a, p.73).

Denota-se, claramente, que a teoria retribucionista é inaplicável no atual contexto do Estado Democrático de Direito e inaceitável para o moderno Direito Penal, que não se coaduna com um modelo baseado na vingança, no castigo, em preceitos de ordem moral e ética para a manutenção da organização social. Até porque, às leis penais incumbe a proteção de bens jurídicos e, do mesmo modo que a pena, apresenta um fim racional, qual seja, possibilitar a convivência social; enquanto que a realização da justiça demanda a sanção de todo comportamento imoral, antijurídico, sendo uma função incompatível com a que é atribuída à ciência penal.

3.2.2 TEORIAS PREVENTIVAS OU RELATIVAS

Para estas teorias a pena tem um fim exclusivamente prático, em especial, o da prevenção. Assim, o crime não é a causa da pena, mas o motivo para ser aplicada. Nesse diapasão, a função preventiva da pena é dividida em duas direções, as quais são denominadas teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial.

3.2.2.1 Teoria da prevenção geral

As ideias prevencionistas desenvolveram-se durante a fase de transição do Estado Absoluto ao Estado liberal e impulsionaram o Estado a fundamentar a pena nos princípios do Direito Natural, qual seja o livre-arbítrio ou o medo, embasados na racionalidade. Desta forma, a pena apóia-se na razão do indivíduo em luta contra os impulsos ou motivos que o conduzem à prática do delito, exercendo uma coerção psicológica contra as infrações legais.

Feuerbach, o responsável por uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral, formulou a “teoria da coação psicológica”, segundo a qual a solução do problema da criminalidade está no Direito Penal. Nesta concepção, “a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é pois, uma ‘coação psicológica’ com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.” (BITENCOURT, 2000 a, p.76).

E sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo através da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação). E esta intimidação da pena é para todos, quando cominada abstratamente, e direcionada ao infrator, ao ser aplicada no caso concreto.

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena faz com que o indivíduo tenha uma motivação para não cometer delitos. Para tanto, fundamenta-se em duas ideias basilares: a da intimidação ou emprego do medo, e a da ponderação da racionalidade do homem, como forma de evitar o terror e o totalitarismo do Estado Absolutista, e de reconhecer a livre capacidade racional do homem e a racionalidade do Estado em seus objetivos.

Jeremias Betham dizia que “a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela é submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas que se justifica pela utilidade.” (MIRABETE, 2006, p.245).

Em igual sentido:

A teoria ora em exame não demonstrou os efeitos preventivos gerais proclamados. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí, como exemplos, os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais. Resumindo, cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral. (BITENCOURT, 2000 a, p.77-78).

Enfim, as teorias preventivas, assim como as retributivas, não conseguem demonstrar diante de quais comportamentos o Estado tem legitimidade para intimidar, de aplicar sanções jurídico-penais, nem definir o âmbito das consequências que a atividade punitiva traz consigo.

3.2.2.2 Teoria da prevenção especial

A teoria da prevenção especial difere da teoria da prevenção geral no que diz respeito ao destinatário, porque se dirige particularmente ao delincente, visando a ressocialização, para que este não volte a delinquir.

As ideias e fundamentos desta teoria provêm de fatores diretamente ligados à crise do Estado Liberal, o qual foi afetado por uma conjuntura social, política e econômica marcada pelo desenvolvimento industrial e científico, crescimento demográfico e produção capitalista. Todo esse quadro de exploração e miséria repercutiu no âmbito político, em que o Estado passou de guardião à intervencionista, e na esfera jurídica, pois a pena se transformou em

meio de defesa da nova ordem da sociedade e o delito não configurava mais perturbação ao ordenamento jurídico, e sim um dano social.

Von Liszt, um dos principais pensadores da teoria da prevenção especial, considerava a pena necessária desde que baseada em critérios preventivos especiais, fundados na ressocialização e reeducação do infrator corrigível e na neutralização dos incorrigíveis. Enfim, a tese poderia ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização (BITENCOURT, 2000 a).

Então, tem-se que:

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas e não de penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já, medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não tem sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar. (BITENCOURT, 2000 a, p.82-83).

Sendo assim, a teoria preventivo-especial possui um caráter humanista ao buscar um encontro com o homem real, ao ponderar os benefícios e os prejuízos decorrentes da aplicação da pena e ao coadunar-se com a função do Direito Penal. Entretanto, um dos grandes obstáculos da idéia de ressocialização é a dificuldade de efetivamente colocá-la em prática, bem como a incapacidade de delimitação do poder punitivo estatal que pode exercer papel de verdadeiro repressor.

3.2.3 TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS

As denominadas teorias mistas ou ecléticas, inclusive denominadas unificadoras da pena, fundiram os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas, considerando que a pena tem seu aspecto moral e finalidade não apenas de prevenção, mas também de educação e correção.

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem. Esse é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria

que abranja a pluralidade funcional da pena. Assim, essa orientação estabelece marcante diferença entre fundamento e fim da pena. (BITENCOURT, 2004, p.142).

Desta forma, o fundamento da pena não poderá ultrapassar o fato delituoso praticado a fim de evitar os preceitos básicos da prevenção geral, aceitando a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da sanção jurídica, já que o Direito Penal tem a função precípua de proteção da sociedade.

Ademais, “segundo tal orientação, a pena deve conservar seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores de crimes, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros”. (MIRABETE, 2006, p.245).

Mas a união de ideias conflitantes das teorias absolutas e relativas acaba sendo insatisfatória, na medida em que as funções atribuídas às penas são contraditórias e enseja uma ampliação da extensão da aplicação da pena, ameaçando os direitos fundamentais do cidadão.

Dessa unificação resultou como consequência, entre outras, deixar de considerar a pena como uma exigência ética de justiça – conceito retributivo –, transportando as finalidades da pena às teses prevencionistas, onde a ideia de retribuição aparece apenas como mero limite de mínimo e máximo. (...) No entanto, o choque entre princípios, ideias, finalidades e fundamentos absolutamente distintos era inevitável. O que poderia resultar aconselhável em termos de prevenção geral poderia contrariar o princípio de culpabilidade ou de proporcionalidade, e ambos poderiam, inclusive, colidir com as previsões da prevenção especial. Os problemas decorrentes de tudo isso se concretizam na hora da cominação penal ou da determinação judicial e penitenciária da pena. (BITENCOURT, 2000 a, p.84-85).

3.2.4 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Diante das falhas e insatisfações decorrentes da teoria mista, que uniu proposições retributivas e preventivas discrepantes entre si, surgiu a teoria da prevenção geral positiva com a pretensão de eliminar todas essas antinomias presentes no estudo das ciências penais.

3.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora

Dois grandes representantes desta teoria da prevenção geral positiva fundamentadora são Welzel e Jacobs. Para o primeiro, o Direito Penal tem a função precípua de proteção de

determinados valores, o que lhe confere uma função ético-social e torna subsidiária a proteção dos bens jurídicos, que constitui tão só uma função de prevenção negativa. Desta maneira, o Direito Penal ao tutelar valores fundamentais fortalece a postura do Estado de permanente fidelidade ao Direito.

Enquanto Jacobs entende que o Direito Penal possui uma função orientadora das normas jurídicas e ao buscar na coletividade a fidelidade aos mandamentos do Direito não intenciona a proteção de determinados valores de ações e bens jurídicos. Ele considera:

[...] que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora. A pena serve para destacar com seriedade e de forma clara para o infrator que a sua conduta não impede a manutenção da norma. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração. (BITENCOURT, 2004, p.146-147).

Em um exame crítico, tem-se que a teoria da prevenção geral positiva limitadora não satisfaz concretamente as atuais necessidades da pena. Isso porque, tenta impor coercitivamente ao indivíduo determinados padrões éticos, assim como eliminar os limites do *jus puniendi*, o que acaba conduzindo a um Direito Penal pautado por uma política criminal carente de legitimidade democrática, situação inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Ademais, essa invenção penal esquece a especificidade intrínseca do Direito Penal, e tende a extinguir as barreiras entre a ciência penal e outros meios de controle social presentes no sistema, tornando-o vazio de conteúdo e função própria.

3.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora

Ao contrário da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, a teoria geral positiva limitadora posiciona-se no sentido de que a pena deve expressar um limite para o *jus puniendi* detido pelo Estado, mantendo-se dentro dos limites do Direito Penal quanto ao fato e à proporcionalidade, para que seja imposta tão somente por um procedimento cercado de todas as garantias constitucionais.

Desta forma, o Direito Penal precisa observar os direitos fundamentais de cada cidadão, ainda que delinquente, orientando-se pelos princípios da intervenção mínima, da

proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, a pena atuará, principalmente, à prevenção e proteção dos direitos fundamentais, e não como instrumento de imposição coercitiva de padrões ético-sociais, sem deixar de atentar-se para as medidas necessárias à ressocialização do infrator.

Nesse sentido:

A função da pena, segundo Hassemer, é a prevenção geral positiva: a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinquente, dentro do possível, e a limitação dessa ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade co-responsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado. (BITENCOURT, 2004, p.151).

Em síntese, a teoria da prevenção geral positiva limitadora fixa os limites necessários para a consecução dos fins ressocializadores, como tem condições para delimitar a retribuição pelo fato, sem deixar de considerar a interação entre indivíduo e sociedade e a responsabilidade do conjunto social normativo no qual se pretende reintegrar o infrator.

3.2.5 TEORIAS RESSOCIALIZADORAS

Com o surgimento da Escola de Defesa Social, procurou-se instituir uma política criminal humanista pautada pela ideia de que a sociedade é efetivamente defendida ao proporcionar o ajustamento, a reintegração do delinquente à sociedade. Este pensamento moderno tem a intenção de excluir por definitivo a retributividade da pena.

Para Miguel Reale, adotou-se “outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade.” (MIRABETE, 2006, p.245). Afirma-se que:

Desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda e, como acentua Everardo da Cunha Luna, ‘a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem a retribuição, é desonra’. Enquanto se proclama na exposição de motivos da Lei de Execução Penal o princípio de que as penas e as

medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade, a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária, como medida de justiça, reparadora e impositiva, mas as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas. (MIRABETE, 2006, p.246).

Enfim, a individualização, personalização e humanização das penas são garantias impostas pela ciência criminal de que o infrator terá o tratamento mais justo possível, porém, são, inicialmente, princípios constitucionais imprescindíveis para a concretização dos objetivos a que se propõe o Direito Penal.

3.3 CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O Estado, ao exercer única e exclusivamente o *jus puniendi* no âmbito penal, objetiva a paz social, pretende evitar que os cidadãos atingidos pela infração legal realizem justiça com as próprias mãos na chamada vingança privada, retornando aos tempos da barbárie, das sanções cruéis e sem qualquer finalidade útil, características de um descontrole social.

É justamente nesse contexto, após a abordagem das teorias justificadoras da detenção do direito de punir pelo Estado, que se analisa a principal resposta penalógica do sistema penal: a pena de prisão.

Como já foi mencionado brevemente, a pena de prisão teve origem nos mosteiros da Idade Média como forma de punição aos monges e clérigos que cometiam faltas, a fim de que o recolhimento em suas celas para meditação silenciosa e arrependimento proporcionasse a reconciliação com Deus. Entretanto, a prisão como pena privativa de liberdade, para recolhimento de criminosos, surgiu apenas no século XVII, com a *House of Correction*, construída em Londres entre 1550 e 1552, consolidando-se, no século XIX, como um meio adequado para ressocialização do condenado.

Inicialmente, acreditou-se que a prisão poderia cumprir todas as finalidades da pena e ressocializar o delinqüente, contudo, no decorrer dos anos, instalou-se um pessimismo quanto aos resultados alcançados com a prisão tradicional.

Com o iluminismo e a grande repercussão das ideias dos reformadores (Beccaria, Howard e Bentham), a crise da sanção penal começou a ganhar destaque. A pena chamada a intimidar não intimidava. A delinquência era uma consequência natural do aprisionamento. A tradicional função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta

não se cumpria, ao contrário, provocava a reincidência. Enfim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados. (BITENCOURT, 2000 a, p. 412).

Atualmente, considera-se que ela está em crise, inclusive no que diz respeito à obtenção de efeitos positivos sobre o condenado, sendo quase unânime a constatação acerca da sua ineficácia.

[...] domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante [...]. O elenco de penas do século passado não satisfaz mais. A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século termine [...]. Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, carecer de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso, são alguns dos argumentos que apóiam os ataques. (BITENCOURT, 2000 a, p.414).

Ainda aponta ser “indispensável que se encontrassem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época, não foram injustas, hoje o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII.” (BITENCOURT, 2000 a, p.414).

Além disso, percebe-se que as condições materiais e humanas do ambiente carcerário a que são submetidos os condenados é antinatural e impossibilitam a realização de qualquer trabalho reabilitador. Portanto, as condições reais da execução da pena privativa de liberdade evidenciam o grave problema penitenciário que precisa da devida atenção da sociedade e do Estado.

A literatura especializada tem-se ocupado frequentemente da crueldade e da desumanização existente no ambiente carcerário. Não são apenas obras escritas no início do século XX, pois muitas delas foram publicadas nas últimas décadas. As graves deficiências das prisões não se limitam a narrações de alguns países; ao contrário, existem centros penitenciários em que a ofensa à dignidade humana é rotineira, tanto em nações desenvolvidas como em subdesenvolvidas. (BITENCOURT, 2004, p.156).

Em igual sentido:

Apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena de prisão correspondido às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação do delinquente. O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento. (MIRABETE, 2006 a, p. 252).

Nesse diapasão, a prisão, nos atuais moldes, reconhecidamente não ressocializa, impinge ao condenado ante a crueldade e desumanidade de sua própria natureza o corte de vínculo com a sociedade, com a própria família, com o trabalho, tornando-se fonte de desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Aliás, quando se discute a pena privativa de liberdade, o efeito criminógeno é um dos elementos notadamente citado, porque a prisão ao invés de frear a delinquência, acaba por estimulá-la, sendo instrumento propício à realização de novos delitos, de degradações e toda espécie de desumanidade, somado a outros fatores que também perpetuam esta vida carcerária.

Quanto aos fatores materiais, tem-se que as deficiências de alojamento e alimentação nas prisões aliada às más condições de higiene contribuem para o constante aparecimento de enfermidades entre os reclusos, como por exemplo, tuberculose, gerando grande preocupação.

Em relação aos fatores psicológicos, o ambiente penitenciário, cercado pela dissimulação e mentira, permite a aprendizagem do crime e a formação de associações criminosas.

Luiz Flávio Gomes recorda alguns dos apontamentos de Michel Foucault, produzidos entre os anos de 1820-1845, que continuam atuais quanto ao grande fracasso da pena de prisão:

[...] a) as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; b) provoca a reincidência; c) não pode deixar de fabricar delinquentes, mesmo porque lhe são inerentes o arbítrio, a corrupção, o medo, a incapacidade dos vigilantes e a exploração (dentro dela nascem e se desenvolvem as carreiras criminais); d) favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; e) as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência; f) a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento. (GOMES, 2000, p.32).

E sem a pretensão de tecer comentários sociológicos pormenorizados, denota-se como consequência social a segregação do condenado, que apresenta dificuldades de reinserção à sociedade após um longo período de cumprimento de pena num ambiente marcado por condições degradantes, de total exclusão e isolamento, sem qualquer garantia de respeito às liberdades públicas fundamentais.

A instituição total produz no interno, desde que nela ingressa uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego. A mortificação do ego é sistemática, embora nem sempre seja intencional. A barreira que as instituições totais levantam entre o interno e a sociedade exterior representa a primeira mutilação. Desde o momento em que a pessoa é separada da sociedade, também é despojada da função que nela cumpria. Posteriormente, o interno é submetido aos procedimentos de admissão, onde é manuseado, classificado e moldado. Isso implica

uma coisificação da pessoa, pois é classificada como objeto para ser introduzida na burocracia administrativa do estabelecimento, onde deverá ser transformada paulatinamente, mediante operações de rotina. Esse procedimento leva a uma nova despersonalização e à depreciação do ego. (BITENCOURT, 2004, p.166-167).

Contudo, é necessário fazer algumas ressalvas acerca do efeito criminógeno da prisão, pois “a experiência na prisão não exerce a mesma influência sobre cada recluso. Em geral, os delinquentes ocasionais ou acidentais resistem às influências da comunidade penitenciária. [...] De outra parte, insiste-se em que o retorno ulterior ao crime não deve ser associado tanto à experiência em prisão, mas à personalidade do sujeito.” (BITENCOURT, 2004, p.160).

Ademais:

Sob o ponto de vista científico não se chegou a estabelecer com exatidão o alcance que pode ter a influência específica da prisão como fator criminógeno. Não se conseguiu precisar se pode ser mais importante como fator criminógeno a personalidade do recluso, sua experiência anterior à prisão ou o meio social em que se desenvolverá ao ser liberado. Não existe evidência científica sobre o valor específico que pode ter a experiência carcerária como fator criminógeno. [...] E a inexatidão no conhecimento exige prudência e moderação. (BITENCOURT, 2004, p.160-161).

Conforme abaixo observado:

Como fatores de ineficácia da prisão, cita-se que o ambiente carcerário é autêntica antítese com a comunidade livre, não permitindo qualquer trabalho útil de ressocialização, até porque a pena estigmatiza. Além disso, na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas não permitem a concretização da meta de reabilitação do sentenciado. O fator prisionalização faz com que o recluso aprofunde sua identificação com os valores criminais, embora nunca se tenha estabelecido, com precisão, qual o real alcance que a prisão exerce sobre cada detento, mesmo porque cada um reage diferentemente ao cumprimento da pena. (NUCCI, 2007 b, p.70).

Ante esta exposição, visualiza-se que uma das principais referências ao fracasso da prisão está relacionada aos altos índices de reincidência, apesar da suposta reabilitação a que são submetidos os infratores quando violam os dispositivos do Direito Penal e sofrem a imposição de sanção jurídica. Isso porque, é notório que o sistema penitenciário tradicional não ressocializa o delinquente, atuando apenas como um reforço aos valores negativos diante de uma realidade opressiva e cruel. Merece destaque o abaixo prelecionado:

Inegavelmente, a prisão exerce alguma influência no fracasso do tratamento do recluso. Mas as causas responsáveis pelos elevados índices de reincidência não são estudadas cientificamente. Não há dados objetivos sobre a efetividade dos diferentes programas. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorre exatamente por meio do estudo criterioso dos fracassos e das suas causas, algo que não ocorre no campo penitenciário. (BITENCOURT, 2004, p.162).

Assim, o tratamento penal exerce um papel importante nos níveis de reincidência, porém não é um fator isolado, devendo a responsabilidade ser atribuída a todo sistema penal e às condições sociais injustas e degradantes, situações que acabam se agravando em regimes políticos divergentes do Estado Social e Democrático de Direito, sem respeito aos princípios constitucionais norteadores da ciência penal e em afronta à dignidade da pessoa humana.

É forçoso concluir que as cifras de reincidência têm valor relativo. O índice da reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinquente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente. (BITENCOURT, 2004, p.164).

Portanto, fatores de ordem pessoal e social aliada a toda conjuntura do sistema penal norteiam a questão da ressocialização do delinquente e da crise da pena privativa de liberdade. Desta maneira, o poder punitivo estatal juntamente com políticas públicas objetivando a diminuição das desigualdades sociais, educação e melhoria da distribuição de renda tendem a propiciar a concretização dos princípios constitucionais fundamentais do cidadão previstos no Estado Social e Democrático de Direito e, conseqüentemente, reprimir os efeitos criminógenos no âmbito penal.

3.4 PENAS ALTERNATIVAS

Ante esse quadro de falência ou fracasso da pena privativa de liberdade, propagou-se a ideia das penas e medidas alternativas, que, a princípio, pretendiam apenas a diminuição do tempo de duração (por exemplo, livramento condicional) ou a substituição da execução da pena privativa de liberdade (como o *sursis*), e, hoje, constituem-se em verdadeiras alternativas, como penas autônomas.

A falência ou o fracasso da pena de prisão é, por isso mesmo, o fator preponderante para a difusão das penas e medidas alternativas que, no princípio, começaram pretendendo exclusivamente o encurtamento da sua duração (livramento condicional, remição, etc.) ou evitar a sua execução (*sursis*, penas substitutivas etc.), impedindo, desse modo, seus efeitos deletérios (contato pernicioso, estigmatização, 'prisionização' etc.), para depois apresentarem-se como verdadeiras alternativas, isto é, como penas autônomas e distintas, que contam com a pretensão de ocupar o lugar da prisão (em razão da sua desproporcionalidade, desumanidade, crueldade, etc.). (GOMES, 2000, p.33).

As penas e medidas alternativas à prisão podem ser consideradas como fator intrínseco de uma Política Criminal alternativa ao sistema punitivo clássico, que valora o homem e a vida em sociedade, e visa proteger os direitos humanos fundamentais, suscitando também processos político-criminais de descriminalização e despenalização, os quais serão oportunamente analisados. No contexto brasileiro, não se trata apenas de um substitutivo ao sistema prisional, atuando como forma de reabilitação nos delitos de menor potencial ofensivo, tanto que a Nova Lei de Drogas instituiu penas alternativas aos usuários e dependentes de drogas ao invés de privativa de liberdade em clara postura de um estatuto jurídico mais humanitário e ressocializador.

As penas alternativas à privativa de liberdade são tidas como sanções modernas, pois os próprios reformadores, com Beccaria, Howard e Bentham, não as conheceram. Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve seu início com a luta de Von Liszt contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados. (BITENCOURT, 2000 a, p.438).

Uma das primeiras modalidades de penas alternativas foi a prestação de serviço à comunidade, prevista no Código Penal soviético, em 1926.

No entanto, o mais bem sucedido exemplo de trabalho comunitário foi dado pela Inglaterra com seu *Community Service Order*, que vigora desde o *Criminal Justice Act* de 1972, que teve, por sua vez, uma pequena reforma em 1982, diminuindo, inclusive, para 16 anos o limite de idade dos jovens que podem receber tal sanção penal. O êxito obtido pelos ingleses influenciou inúmeros países, que passaram a adotar o instituto, ainda que com algumas peculiaridades distintas, como por exemplo, Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977); e, mais recentemente, Dinamarca e Portugal, desde 1982, França, desde 1983 e Brasil, com sua reforma de 1984, sendo que, nos dois últimos anos, o trabalho comunitário pode ser aplicado como sanção autônoma e também como condição no sistema de *sursis*. (BITENCOURT, 2000 a, p.439).

No Brasil, o Código Penal, bem como a Lei nº 9.714/98 – considerada como lei das penas alternativas – denominam-nas como penas restritivas de direitos, mesmo tendo somente uma das modalidades de sanções sob o referido *nomen iuris* que, especificamente, refere-se a restrição de direitos. Porque, a prestação pecuniária e perda de bens e valores são de natureza pecuniária; e prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se à restrição da liberdade do apenado.

Aliás, a legislação penal brasileira está em consonância com o texto constitucional, que assegura a todos os cidadãos:

Art. 5º [...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Assim, a Lei nº 9.714/98, que ampliou o rol de penas alternativas inicialmente abordadas pela Reforma Penal de 1984, modificando os artigos 43 a 47, 55 e 77, do Código Penal, promoveu que:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (vetado)
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos
- VI – limitação de fim de semana

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade.

Conforme disposição do art. 45, § 1º, do Código Penal, prestação pecuniária “consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos”. Trata-se de uma pena alternativa reparatória do dano causado pela infração legal, como complementa a parte final do dispositivo mencionado, no qual consta que “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

A perda de bens e valores refere-se ao prejuízo causado ou proveito obtido pelo infrator ou terceiros com a prática delituosa, sendo estes bens destinados ao Fundo Penitenciário Nacional. Em obra anterior à promulgação da Lei nº 11.343/06, discorre:

Legislação especial pode, relativamente a essa sanção penal, dar-lhe destinação diversa do Fundo Penitenciário Nacional. O art. 23 da CF, por exemplo, prevê a expropriação de glebas de terras destinadas ao cultivo de drogas, destinando-as ao assentamento de colonos sem-terra ou a inconstitucional Medida Provisória nº 1.713/98 (hoje Lei nº 9.804/99), que alterou o art. 34 da Lei nº 6.368/76, para permitir a apreensão e o leilão de bens relacionados com o tráfico de drogas. (BITENCOURT, 2000 a, p.458).

Insta consignar que a Lei nº 11.343/06 corroborando dispositivo constitucional e seguindo a mesma linha de raciocínio da legislação antidrogas anterior, estatuiu que:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade da polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a SENAD, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

A limitação de fim de semana pretende evitar a exclusão do condenado do ambiente familiar, do trabalho e demais relações sociais, e, no entendimento de Bitencourt (2000 a), impedir o encarceramento e o inevitável contágio do ambiente criminógeno, além de todas as consequências decorrentes, sem descuidar da prevenção especial.

Pela Reforma Penal de 1984, instituiu-se a limitação de fim de semana, que nos termos do art. 48, do Código Penal, consiste “na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou em estabelecimento adequado”, sendo que “durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas”. Assim:

O fracionamento da pena, com seu cumprimento em dias de ócio ou de lazer, a forma e local de execução, por sua vez, impedem que se perca a finalidade preventiva geral, e, muitas vezes, a obrigação de recolher-se a um estabelecimento penitenciário, todos os fins de semana, produz grandes transtornos psicológicos, por mais cômodo e confortável que referido estabelecimento possa ser. Mas a finalidade dessa sanção vai além do delinquente: pretende impedir que os efeitos diretos e indiretos recaiam sobre a família do condenado, particularmente as consequências econômicas e sociais, que têm produzido grandes reflexos em pessoas que não devem sofrer os efeitos da condenação. Em outras palavras, busca-se garantir o sagrado princípio da personalidade da pena. (BITENCOURT, 2000 a, p.460).

Já a interdição temporária de direitos é a pena alternativa que provoca maior impacto na população, sendo de grande potencial preventivo geral ao inibir abusos e desrespeitos funcionais e profissionais. Ao contrário das demais penas elencadas no artigo 43, do Código Penal, não apresenta caráter genérico, é específica, aplicável a determinados crimes. Para Bitencourt (2000 a), trata-se da única sanção que restringe efetivamente a capacidade jurídica do condenado, o que justificaria, inclusive, a sua denominação.

Conforme o artigo 47, do Código Penal, as penas de interdição temporária de direitos são:

Art. 47. [...]

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

E por fim, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas estatuída no artigo 46, do Código Penal:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade.

§1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§3º As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à ½ (metade) da pena privativa de liberdade fixada.

A concepção de prestação de serviços à comunidade, para o culto doutrinador, é o “dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários”. (BITENCOURT, 2000 a, p.464).

Esta pena alternativa trata-se, portanto, de um ônus imposto pelo juiz que julgar o sentenciado como consequência jurídico-penal da infração de norma legal, não sendo considerado emprego nem tampouco privilégio, até porque o trabalho prestado sob essas condições deve gratuito, aceito pelo condenado e de autêntica utilidade social.

Desta forma, de acordo com o artigo 44 do Código Penal, as penas previstas no artigo 43 do mesmo diploma legal com respaldo na Constituição Federal de 1988 são autônomas, cabendo à discricionariedade do juiz no momento da determinação da pena na sentença (artigo 59, IV, do CP) a escolha da sanção mais adequada e a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade, respeitando-se os critérios objetivos e subjetivos dispostos nos incisos I, II e III do referido artigo 44.

Nesta sucinta análise das penas alternativas, denota-se que a previsão constitucional destes institutos no Estado Democrático de Direito complementa os meios que asseguram a dignidade da pessoa humana e o respeito aos demais princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, restabelecendo o equilíbrio rompido pela infração legal, e

proporcionando uma justiça efetiva em defesa da sociedade e com a ressocialização do infrator.

Isso porque, como se comprovou ao longo das explicações, a pena privativa de liberdade está em crise e já não consegue promover o objetivo ressocializador, cabendo ao Estado concretizar os preceitos legais, fornecendo condições reais para viabilidade, acompanhamento e fiscalização da execução das penas alternativas.

Com efeito, corre-se o risco, novamente, de vermos o fracasso e a não-aplicação das 'novas penas alternativas', nos limites disciplinados pela Lei nº 9.714/98. Mas, neste caso, a culpa, mais do que do Poder Judiciário, será do próprio Poder Central, que insiste em tratar, simbolicamente, dos problemas de combate à criminalidade e do caos do sistema penitenciário. Em outros termos, se não houver vontade política de tornar efetiva a operacionalização das 'novas penas' alternativas à prisão, traduzida na dotação orçamentária necessária, com criação de quadro de técnicos especializados para acompanhamento e fiscalização da execução das novas penas, construção em massa de casas de albergados, adoção de uma política pública de convênios das entidades referidas no art. 46, §2º, do Código Penal, com o sistema criminal e apoio a todas as unidades federativas, o insucesso da nova política criminal será inevitável, por duas razões: de um lado, pela não-aplicação das alternativas, quando cabíveis, violando os direitos do sentenciado; de outro lado, pela aplicação correta da previsão legal da substituição, mas sem nenhuma possibilidade de controle e fiscalização de sua execução.

Na verdade, é fundamental que o Poder Central desperte para a importância de investir na criação de infra-estrutura para tornar possível a aplicação eficaz das penas restritivas de direitos; se não for por inteligência, até pela economia que essas alternativas representarão para os cofres públicos, já estará justificado o esforço governamental, na medida em que é muito mais econômico estruturar o sistema para cumprir penas alternativas do que criar novas vagas nas penitenciárias. (BITENCOURT, 2004, p.70).

Aliás, como será analisado no próximo capítulo, a Lei nº 11.343/06 procurou conjugar tudo quanto explanado até o momento a fim de promover eficazmente e de modo harmonioso as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando garantir a estabilidade e o bem-estar social, bem como concretizar o objetivo ressocializador do sistema jurídico-penal pela aplicação de medidas alternativas aos usuários e dependentes de drogas infringentes do artigo 28, da Nova Lei de Drogas.

4 INOVAÇÕES E POLÊMICAS DA LEI Nº 11.343/06 QUANTO AO USUÁRIO DE DROGAS

4.1 A FIGURA DO USUÁRIO À LUZ DA LEI Nº 11.343/06

Após o estudo da evolução histórica das medidas de controle de drogas no ordenamento jurídico brasileiro, dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal e do sistema sancionatório, faz-se mister analisar as inovações e polêmicas da atual abordagem legislativa especificamente quanto ao usuário ou dependente de drogas.

A grande inovação da Lei nº 11.343/06 diz respeito ao tratamento penal dispensado ao usuário de drogas, cuja conduta é tratada juridicamente de forma distinta daquela praticada pelo traficante, não sendo possível qualquer confusão entre os tipos incriminadores. Até porque, como bem ressalta Alice Bianchini (et.al.,2009), a lei nova estabeleceu uma série (enorme) de critérios para descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal, devendo o magistrado atentar-se não apenas quanto à conduta e aos antecedentes do agente, mas também quanto à natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida, local e condições de desenvolvimento da ação e circunstâncias pessoais e sociais.

Como já foi mencionado no primeiro capítulo do presente trabalho, o tratamento dado ao usuário era anteriormente previsto no artigo. 16, da Lei nº 6.368/76:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Com a adequação da legislação brasileira ao cenário internacional e toda a movimentação constitucional e infraconstitucional de combate às drogas para participação da sociedade nas atividades de prevenção do uso, atenção e reinserção social de usuários e

dependentes de drogas, promulgou-se a Lei nº 11.343/06 que, no Capítulo III do Título III, intitulado “Dos Crimes e das Penas”, precisamente no artigo 28, dispôs:

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.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

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

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

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

I – admoestação verbal;

II – multa.

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Inicialmente, nota-se que na nova disciplina das condutas associadas ao consumo indevido de drogas, que, aliás, só ocorrem na forma dolosa, houve uma ampliação dos núcleos do tipo penal, sendo cinco as condutas tidas como incriminadoras, sob a justificativa jurídica de que aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga para consumo pessoal representa um perigo social e atinge o bem jurídico saúde pública.

Nas lições de Marcão (2007), adquirir significa alcançar a propriedade ou a posse, tornar-se dono do objeto, independente da forma de aquisição: troca, doação, compra e venda, substituição, pagamento à vista ou à prazo, etc. Guardar compreende a ocultação pura e simples, permanente ou precária, não revelar a sua posse publicamente. Ter em depósito é manter a droga sob seu domínio, sob imediato alcance e disponibilidade, não importando o local do depósito. Transportar exprime a ideia de deslocamento de um local a outro, sendo o transporte para uso pessoal. Trazer consigo quer dizer portar a substância, junto ao corpo ou mesmo acondicionada em qualquer compartimento que esteja ao alcance imediato do agente.

Insta consignar que a legislação brasileira não pune o uso. É certo que o uso de entorpecente não consta no tipo, logo não é incriminado, e “a despeito de se ter editado uma nova lei antitóxicos, se alguém for surpreendido usando a droga sem a possibilidade de se encontrar a substância entorpecente em seu poder não será punido”. (NUCCI, 2007 b, p.304).

Corroborando o entendimento:

A lei não pune, e não puniu, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de ‘usar’ (entendimento acolhido por nossos tribunais, desde a vigência da Lei nº 5.726). Poder-se-ia dizer que, para usar, alguém necessariamente deveria ter trazido consigo [...] o que a lei focaliza é aquele perigo contra a saúde pública, existente enquanto o agente traz a droga, mas que desaparece com o seu consumo. Da mesma forma, na mesma ocasião desaparecerá a situação de flagrância, tendo em vista ser essa conduta de caráter permanente. Situação semelhante e que resulta em um *non liquet* é a do alegado uso no passado. (GRECO FILHO, 2009, p.133-134).

Outra novidade encontra-se no §1º, do artigo 28, que tipifica penalmente o plantio para consumo pessoal, no intuito de preencher lacunas e imperfeições das legislações anteriores e de atender orientações jurisprudenciais consolidadas. Assim, quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica está sujeito às mesmas penas alternativas do usuário, diferentemente do que ocorria na Lei nº 6.368/76, na qual o agente era submetido aos rigores do artigo 12, enquadrando-se a conduta como tráfico e, conseqüentemente, crime hediondo.

4.2 NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/06

Visualiza-se que a Nova Lei de Drogas é mais benéfica que a Lei nº 6.368/76 e procura a conscientização do usuário, bem como a reinserção social do dependente de drogas com o abrandamento da sanção criminal, de modo a evitar o tratamento destes como criminosos, a estigmatização do agente flagrado e a utilização do tipo penal como instrumento de constrangimento de pessoas dependentes.

Tanto é assim que não mais prevê pena privativa de liberdade em caso de posse de drogas para consumo pessoal, e sim penas alternativas aplicadas pelos Juizados Especiais Criminais, mesmo não sendo possível transação se reincidente o agente, com maus antecedentes e péssima conduta social. Aliás, também impede, em caso de condenações

anteriores, a regressão da pena (artigo 45, do Código Penal), em sinal de grande avanço na política criminal de drogas.

De tal maneira, para alguns doutrinadores, o porte de drogas seria de ínfimo potencial ofensivo e em respeito aos limites estabelecidos pela Constituição Federal ao poder punitivo estatal no artigo 98, I, não haveria interesse do Estado nesta persecução penal, cabendo ao Direito Penal a atuação como *ultima ratio*, mas esta análise será detalhada adiante.

É justamente diante deste novo tratamento penal do artigo 28 que se instaurou uma celeuma no mundo jurídico quanto a sua natureza jurídica, tendo alguns juristas entendido a ocorrência de descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal; enquanto que para outros apenas despenalização; e uma terceira corrente que considera ser uma infração *sui generis*. Sendo assim, é necessário analisar os principais posicionamentos que ocasionam as divergências doutrinárias.

Há entendimento de que a posse de droga para consumo pessoal não é mais formalmente crime, entretanto, não houve a perda do conteúdo de infração (de ilícito). “Deste modo, teria ocorrido uma descriminalização formal, ou seja, a infração não é considerada crime, sem que concomitantemente haja a legalização da droga; e, paralelamente o art. 28 ainda retrataria uma hipótese de despenalização” (GOMES, 2006).

Quanto à descriminalização, considera-se ser o abandono da criminalização de determinadas condutas, fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal, enfim é retirar do sistema um objeto tutelado, sendo que o fato descrito na lei penal deixará de ser crime.

O processo de descriminalização reverterá em favor de uma importante etapa de aprimoramento do Direito Positivo. A infração legislativa, amplamente denunciada, não pode ser objeto de monumental consolidação pelas manifestas inconveniências que tal empreitada acarretaria principalmente para as autoridades e os agentes encarregados da aplicação da lei. Também o custo do crime é um dos aspectos relevantes na análise deste problema. Com efeito, nenhuma iniciativa para desburocratizar a justiça criminal poderá ter bons resultados senão houver, previamente, a declaração de irrelevância penal de muitos comportamentos. (DOTTI, 1998, p.178).

De acordo com Claus Roxin, a descriminalização é possível em dois sentidos:

Primeiramente, pode ocorrer uma eliminação definitiva de dispositivos penais que não sejam necessários para a manutenção da paz social. Comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião, ou a *political correctness*, ou que levem a não mais que uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito. Afinal, o impedimento de tais condutas não pertence às tarefas do direito penal, ao qual somente incumbe impedir danos a terceiros e garantir as condições de coexistência social.

Um segundo campo aberto de descriminalização é aberto pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio fundamenta-se na ideia de que o direito penal, em virtude das suas acima expostas desvantagens, somente pode ser a *ultima ratio* da política social. Isso significa que só se deve cominar penas a comportamentos socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos [...]. Assim, distúrbios sociais com intensidade de bagatela – pequenas infrações de trânsito, barulho não permitido, ou incômodos à comunidade – não são mais sujeitos à pena. (ROXIN, 2006, p.12-13).

E na acepção de Luis Flávio Gomes, a descriminalização apresenta três espécies:

[...] (a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do âmbito do Direito penal (essa é a descriminalização puramente formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e o proscreeve do Direito penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa, v.g.) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial ou total). (GOMES, 2006).

Conforme pondera Alice Bianchini, em consonância com Luis Flávio Gomes, no que se refere à terceira espécie de descriminalização, qual seja, a denominada descriminalização substancial, ocorre a legalização, “portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório”. (BIANCHINI, A. et. al.,2009, p.167).

Portanto, sendo o Direito Penal considerado como *ultima ratio*, a aplicação da política criminal de descriminalização possibilitaria o aprimoramento do Direito Positivo, com o cumprimento da função social e jurídica do ordenamento penal e dos princípios consagrados constitucionalmente, de forma a evitar uma inflação legislativa e uma interferência excessiva nos direitos individuais dos cidadãos.

Já a despenalização trata-se da adoção de uma resposta penal mais suave, de forma a evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão, sem conduzir a descriminalização, já que há a manutenção intacta do caráter ilícito do fato. Esta modalidade de política criminal consiste em penas ou institutos e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual.

Em uma concepção mais restrita, despenalizar é excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade. Dentro desta visão, fica em destaque o assunto da pena carcerária. A propósito, a doutrina tem salientado com muita ênfase ser de grande utilidade restringir a incidência da prisão criando-se outras espécies de sanções e aumentando-se os poderes discricionários dos juízes para que tenham maior amplitude na substituição das penas de prisão por outras mais leves, na concessão do *sursis* e do perdão judicial e no encerramento antecipado do processo, por infrações de pequenas, de agentes primários, não perigosos, que hajam reparado o dano decorrente do delito. (DOTTI, 1998, p.266).

Tem-se como exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), que não descriminalizou nenhuma conduta, mas introduziu, no Brasil, medidas despenalizadoras para evitar ou suavizar a pena de prisão, sendo que três dos institutos tem em comum o consenso ou conciliação:

[...] 1ª) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único); 2ª) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (art. 76); 3ª) as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação (art. 88); 4ª) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89). (GOMES, 2000, p.63-64).

Para Luiz Flávio Gomes (2000), “em síntese, penalizar ou despenalizar nada mais significa que manejar e controlar adequadamente algumas técnicas jurídicas, como as de incriminação, de atribuição, de responsabilidade, de justificativas, de procedimento e de prova.”.

Conclui-se, portanto, que nesta matéria vigora o princípio da intervenção mínima, no qual o Direito Penal somente deve intervir nos casos de agressões muito graves aos bens jurídicos mais importantes, sendo as perturbações de menor potencial ofensivo objeto de outros ramos do Direito.

Assim, “limita-se o poder punitivo do Estado, que com freqüência tende a expandir, principalmente nas situações de crises político-institucionais e nas comoções de natureza sócio-econômica, quando a repressão procura ser uma barragem contra a revolta e a marginalidade.” (DOTTI, 1998, p.266).

Segundo Luiz Flávio Gomes (2010), a ocorrência de descriminalização formal no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, em que o fato deixou de ser legalmente considerado crime e também contravenção penal tem como fundamento a disposição do artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal, que estatui “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”.

O jurista prossegue seus apontamentos, enunciando que:

Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas

educativos - art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa) (GOMES, 2006).

Em síntese, o artigo 28 da Nova Lei de Drogas descriminalizou a conduta de posse de drogas para consumo pessoal quando retirou do tipo penal a etiqueta de 'crime' por não autorizar de modo algum a pena privativa de liberdade. Por fim, Luiz Flávio Gomes ainda assevera que:

Infração *sui generis*: diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de "crime" nem de "contravenção penal" porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, *sui generis*. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é "crime" nem é "contravenção" nem é um ilícito "administrativo": é um ilícito *sui generis*. (GOMES, 2006).

Portanto, para Luiz Flávio Gomes (2010), o artigo 28 pertence ao direito penal, porém não constitui 'crime' nem contravenção penal, e sim uma infração penal *sui generis*, tendo ocorrido descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, sem que isso caracterize *abolitio criminis*.

Alice Bianchini (et.al., 2009), contudo, posiciona-se no sentido de que o artigo 28 não pertence ao direito penal, sendo uma infração do direito judicial sancionador, pois a pena não tem carga aflitiva e sim puramente educativa (no caso da advertência e do encaminhamento a programas educativos) ou com caráter educativo e repressivo (prestação de serviços à comunidade), o que caracteriza a descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*.

Aliás, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, corroborando o posicionamento de Alice Bianchini, em recente decisão acirrou ainda mais a polêmica sobre a liberação ou proibição do consumo de drogas ilícitas, ao considerar que portar droga para uso próprio não é delito e declarar a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 (Apelação Criminal 993.07.126537-3, rel. José Henrique R. Torres, j. 31.03.2008). A fundamentação pauta-se na Constituição Brasileira, principalmente no princípio da alteridade, segundo o qual o Direito Penal só pode interferir quando a conduta humana lesa ou ameaça de lesão bem jurídico alheio, não havendo, portanto, motivo para a punição da autolesão e de invasão à intimidade da pessoa pelo Estado. (BIANCHINI, A. et.al., 2009).

Entretanto, Vicente Greco Filho, discordando de tudo quanto exposto acima, defende que a Nova Lei de Drogas não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo

ou adquirir droga para uso pessoal nem a transformou em contravenção, tendo ocorrido apenas um abrandamento, já que a conduta continua incriminada.

A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal), e que lei mais recente não possa alterar. (GRECO FILHO, 2009, p.128).

Renato Marcão também diverge de Luiz Flávio Gomes e considera-se convencido de que não ocorreu descriminalização:

É certo que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas ‘penas alternativas’ se encontravam na Parte Geral do Código Penal da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209, de 13-7-1984), e menos ainda com o *status* que passaram a ser tratadas com o advento da Lei nº 9.714/98. O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não resolve a questão, segundo entendemos.

[...]

A ausência de cominação privativa de liberdade não afasta, nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção.

[...]

À época em que elaborada, nem se cogitava da aplicação de outra ‘pena’, não privativa de liberdade, como ‘pena principal’, para qualquer crime, daí o diminuto alcance da definição que decorre da Lei de Introdução, que era perfeita para seu tempo. (MARCÃO, 2007, p.59-60).

O autor ainda ressalta que:

Há que levar em conta, ainda, que o art. 28 se encontra no Título III (Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas), Capítulo III, que cuida ‘Dos Crimes e das Penas’, e que a Lei nº 11.343/06, lei federal e especial que é, cuidou de apontar expressamente tratar-se de crimes as figuras do art. 28 (*caput* e §1º), não obstante a ausência de qualquer pena privativa de liberdade cominada. (MARCÃO, 2007, p.60).

Guilherme de Souza Nucci igualmente discorda do raciocínio de Luiz Flávio Gomes, e leciona que:

A evolução do Direito Penal já chegou a um patamar em que se verificou, o que é atestado pela quase totalidade da doutrina, nacional e estrangeira, a crise da pena privativa de liberdade, como método exclusivo de coerção estatal para o combate à criminalidade. Afinal, existem as infrações de menor potencial ofensivo e muitas

outras, igualmente insípidas, não gerando grande insatisfação social quando constatada a sua existência. Para estas infrações penais, desenvolveu-se um sistema de penas mais brandas, acompanhando tendência mundial, que possa significar punição, pois há o cerceamento de direitos, mas sem o ingresso no cárcere, fator de impulso ainda maior à criminalidade, muitas vezes. [...] O que houve, no caso do art. 28, foi fruto desse pensamento. Retirar o usuário de drogas do contexto da prisão pode contribuir para a sua melhor ressocialização. [...] A ousadia legislativa foi a eliminação completa da possibilidade de se aplicar a pena privativa de liberdade. Optou por outras sanções e está buscando horizonte diverso da punição carcerária. Porém, deixou bem claro – eis aqui o princípio da legalidade – tratar-se de crime, ao qual se cominam penas. (NUCCI, 2007 a, p.299).

Confirmando o entendimento de Vicente Greco Filho, Renato Marcão e Guilherme Nucci e divergindo igualmente de Luiz Flávio Gomes, o professor Clóvis Alberto Volpe Filho leciona que não houve descriminalização, apenas a exclusão da pena privativa de liberdade, estando a pena alternativa imposta de acordo com os ditames do artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

A Lei Antidrogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, como querem alguns doutrinadores. Apenas, diminuiu a carga punitiva. [...] As penas podem ser as seguintes, sem prejuízo de outras, de acordo com o inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Percebe-se, claramente, que é crime a posse de drogas para consumo pessoal. A mudança diz respeito à espécie da pena, que deixou de ser privativa de liberdade. (VOLPE FILHO, 2006).

Como bem adverte o professor, a infração penal não se resume a cominação de pena de reclusão, detenção, prisão simples e multa. E, desde que respeitadas as premissas basilares referentes à pena, essa pode ter outras feições, como por exemplo, a prestação de serviço à comunidade.

Portanto, para o professor Clóvis Alberto Volpe Filho:

O raciocínio exposto pelo professor Luiz Flávio Gomes dilacera a Constituição. Pois, tornam inócuas as penas previstas no inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal. Ademais, tolhe qualquer possibilidade de se avançar na legislação penal, haja vista que será, segundo o referido doutrinador, *sui generis* o tipo legal que aplicar a pena alternativa de maneira direta, não sendo nem ilícito penal ou ilícito administrativo.

[...]

O art. 28, que tipifica a conduta de posse para consumo, está justamente no Capítulo III, ou seja, sendo tratado como crime, com cominação de pena. Ora, não se pode negar o caráter penal do tipo em questão, somente em razão de ter estipulado penas alternativas de forma direta, ainda mais que o legislador fez questão de cunhar a expressão 'crimes e penas' antes de definir a conduta de posse de drogas para consumo próprio. (VOLPE FILHO, 2006).

E, por fim, conclui:

Por todos esses argumentos é que não reconhecemos a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que pode a lei cominar pena de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem que isso retire a natureza penal da infração. (VOLPE FILHO, 2006).

A respeito de toda essa controvérsia, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de fevereiro de 2007, ao apreciar o RE 430105/QO/RJ, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, se posicionou em conformidade com Clovis Alberto Volpe Filho da não ocorrência de descriminalização:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei nº 6368/76, julgou prejudicado Recurso Extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos Juizados Especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei nº 6368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão das penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do Decreto-Lei nº 9.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal, e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei nº 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei nº 11.343/2006 fixou em dois anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário (STF, 1ª Turma, RE nº 430105/QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.07. Informativo nº 456, Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a concepção de que não houve descriminalização, e sim mera despenalização ante a exclusão da pena privativa de liberdade para o crime de posse de drogas para consumo pessoal. Inclusive, na fundamentação do acórdão, no propósito de revelar a intenção do legislador, sem que isso seja capaz de vincular o sentido e alcance da norma posta, o Min. Sepúlveda Pertence transcreve parte do relatório apresentado pelo relator Deputado Paulo Pimenta ao Projeto de Lei 7.134/02 (referente à Lei nº 11.343/06), na Câmara dos Deputados:

[...] Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas – Título IV.

[...]

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal. (STF, 1ª T, RE 430.105-9/QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007).

Portanto, a Lei nº 11.343/06 considera crime a posse de drogas para consumo pessoal, contudo, nota-se um grande avanço na política criminal de drogas no Brasil, com a abolição da pena privativa de liberdade para os usuários e dependentes de drogas e foco na ressocialização do infrator mediante aplicação de sanções alternativas apoiadas nas premissas basilares referentes à pena, em claro sinal de que o país avança para que o tema passe a ser tratado como questão de saúde pública, regulamentado por normas de caráter administrativo, caracterizando um Direito Penal mínimo, garantista, como *ultima ratio*.

4.3 PENAS APLICÁVEIS AOS USUÁRIOS

A Lei nº 11.343/06 estabeleceu quanto à conduta de posse de drogas para consumo pessoal somente penas restritivas de direitos, que devem ser aplicadas diretamente pelo magistrado e não em substituição à pena privativa de liberdade, nos Juizados Especiais Criminais, consoante o devido processo disciplinado nos artigos 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95. Vale lembrar que, conforme dispõe o artigo 27 da Nova Lei de Drogas, as três penas alternativas dispostas no artigo 28 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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.

[...]

§3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

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

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

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

I – admoestação verbal;

II – multa.

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

4.3.1 ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS

A primeira pena determinada pela lei é a advertência sobre os efeitos das drogas, considerada uma grande novidade no quadro sancionatório brasileiro pelo caráter de aconselhamento, sem qualquer conotação moralista, religiosa, e sim por motivo jurídico. Trata-se, na verdade, de esclarecimentos sobre as conseqüências negativas provocadas à saúde pelo uso de drogas, na tentativa de propiciar o abandono do vício. Esta medida alternativa é realizada pelo juiz em audiência designada e reduzida a termo, sendo possível o auxílio de profissionais especializados, tais como psicólogos, médicos, assistentes sociais.

Vicente Greco Filho transcreve em seu livro o posicionamento de René Ariel Dotti a esse respeito:

A Lei 9.714/98 é originária do Projeto de Lei 2.684, de 1996 (n.32, do Senado Federal), [...]

O par. 1º do art. 44 do Projeto, também vetado, dizia: ‘Quando a condenação for inferior a seis meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privativa de liberdade por advertência – que consistirá em admoestação verbal ao condenado – ou por compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo da pena aplicada’. E a razão do veto foi a seguinte: ‘Em paralelismo com o recolhimento domiciliar, e pelas mesmas razões, o par. 1º do art. 44, que permite a substituição de condenação a pena privativa de liberdade inferior a seis meses por advertência, também institui norma contrária ao interesse público, porque a admoestação verbal, por sua singeleza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo, necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto da condenação. (GRECO FILHO, 2009, p.138-139).

O doutrinador discorda do poder coercitivo desta medida alternativa, mas considera que, agora, a pena passou a integrar o direito penal brasileiro. Ainda afirma que não há omissão nem total ineficácia desta medida, como alguns magistrados apontam, pela falta de coercibilidade de medidas para compelir ou efetivar o cumprimento, porque:

No caso da advertência ou admoestação, quando não feita na audiência com a presença do acusado, o juiz designará data para o seu comparecimento em juízo para o ato, intimando-o. Se o condenado não comparecer, determinará o juiz a sua condução coercitiva. Se o juiz penal pode determinar a condução coercitiva de testemunha e perito, como também do acusado para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro que sem ele não possa ser realizado (art. 260 do CPP), como maior razão poderá fazê-lo com o condenado, sem que isso constitua constrangimento ilegal, como meio executivo instrumental para a realização pessoal da advertência ou admoestação. (GRECO FILHO, 2009, p.139).

Aliás, o legislador constou no §6º, do artigo 28 como forma de garantia de cumprimento das medidas alternativas a que injustificadamente se recuse o agente a admoestação verbal e multa.

O professor Clóvis A. Volpe Filho, em consonância com o posicionamento de Luiz Flávio Gomes, defende que a advertência não tem natureza de sanção penal por três motivos:

- a) A advertência não preenche nem com conta-gotas as características da pena, que são retribuição e prevenção, tendo em vista a teoria da união, que parte da ideia da retribuição como base, acrescentando os fins preventivos e gerais. Essa pena não intimida o cidadão a não consumir drogas, nem mesmo assume feição de retribuição, sendo completamente inócua.
- b) A pena de advertência banaliza o Direito Penal, ferindo por completo os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Permitindo uma pena dessa natureza dentro do Direito Penal, é igualá-lo aos demais ramos, causando descrédito perante a sociedade, que não mais temerá as sanções penais.
- c) Por fim, a advertência não guarda relação com nenhuma pena do inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal. Essa norma deve ser usada como parâmetro para que o legislador comine pena alternativa de modo direto a determinada infração penal. Assim, o máximo da pena de natureza penal prevista no Texto Maior é a privação ou restrição da liberdade, enquanto o mínimo é a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. A pena de advertência não encontra relação alguma com essa norma, se situando muito aquém a prestação social alternativa. (VOLPE FILHO, 2006).

Por fim, o professor declara considerar a advertência uma espécie de sanção *sui generis*, e não uma pena, que tanto caracteriza o Direito Penal.

4.3.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

A prestação de serviços à comunidade estipulada como pena alternativa pela Lei nº 11.343/06 encontra-se regulamentada no §5º, do artigo 28, o qual determina o cumprimento da pena em programas comunitários, entidades educacionais ou assistências, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Trata-se de uma pena imposta de maneira obrigatória que consiste na atribuição de tarefas ao condenado com respeito às suas aptidões. Esta sanção deve ser cumprida na integralidade pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, mas em caso de reincidência o prazo máximo é de 10 (dez) meses, conforme o §4º, do artigo 28. Havendo descumprimento das penas impostas, o magistrado pode submeter o infrator, sucessivamente, à admoestação verbal e multa, como estatui o §6º, do artigo 28.

Aliás, esta medida é prevista como espécie de pena restritiva de direito no inciso IV, do artigo 43, do Código Penal, motivo pelo qual deve-se respeitar as regras gerais estabelecidas no Código Penal e observadas as peculiaridades da Lei nº 11.343/06.

Sobre este tópico, Luiz Flávio Gomes ressalta que:

A prestação de serviços à comunidade, no direito repressivo brasileiro, conta com múltipla natureza jurídica. Ora é condição necessária de algum instituto (do sursis, por exemplo), ora é pena substitutiva (CP, art. 46), ora é condição da suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95) etc. No art. 28 que estamos analisando, a prestação de serviços à comunidade aparece como medida alternativa (ou mais precisamente: medida educativa alternativa).

[...] Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. As tarefas inerentes a essa medida devem ser atribuídas conforme as aptidões desse condenado (art. 46, §3, do CP). Não pode o juiz fixar uma determinada prestação que não condiz, de forma alguma, com o que o agente tem conhecimento ou habilidade. É preciso haver razoabilidade na medida. De outro lado, jamais pode a tarefa atribuída ser ofensiva à dignidade da pessoa (princípio da proibição da pena indigna). A prestação de serviços à comunidade, ademais, não gera vínculo empregatício. É uma pena ou medida alternativa (BIANCHINI, A. et.al., 2009, p.191).

4.3.3 MEDIDA EDUCATIVA DE COMPARECIMENTO A PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO

Trata-se de uma pena que também não está prevista no Código Penal, sendo uma inovação da Lei nº 11.343/06. Com propósito dissuasivo para facilitar a reinserção social do agente, o comparecimento é compulsório, o que confere o caráter preventivo e retributivo que deve apresentar a pena.

Samuel Miranda (2007) entende que esta medida constante no inciso III, do artigo 28 é indicada aos casos de maior gravidade, sempre que a advertência mostrar-se insuficiente. Considerada uma medida de duração variável, pode constituir-se em um programa de auxílio a dependentes com a determinação de frequência a vários e diferentes eventos, e, embora não haja previsão expressa, o curso ou programa deve ser prioritariamente voltado à prevenção contra o uso de drogas e ao esclarecimento das consequências da narcodependência.

Ressalte-se o seguinte ensinamento acerca da frequência a programas ou cursos educativos:

Não se mencionou a forma da obrigação de comparecimento a programa ou curso educativo. Por isso, a única maneira de se evitar lesão ao princípio da legalidade, porém buscando-se salvar a pena criada, parece-nos que se deva fazer uma analogia com a prestação de serviços à comunidade. Desse modo, o juiz fixaria a obrigação de comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo mínimo de um dia (o que dever ser evitado, pois inócuo) até o máximo de cinco meses. A periodicidade do comparecimento deve guardar correspondência com a estrutura estabelecida pelo curso (duas vezes por semana, durante duas horas, por exemplo). (NUCCI, 2007 a, p.307).

Complementando este posicionamento:

Cabe ao juiz fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer. Impõe-se ainda determinar a frequência (quantos dias por semana, horário, local, etc.). Se o juiz não esclarecer nada disso na sua sentença, cabe ao juiz das execuções fazê-lo (art. 86 da Lei dos Juizados Criminais). (BIANCHINI, A. et.al., 2009, p.191).

Assim como a prestação de serviços à comunidade, essa pena deve ser cumprida pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses ou pelo prazo máximo de 10 (dez) meses, em caso de reincidência (§4º, artigo 28). Igualmente, em caso de descumprimento da sanção imposta, o magistrado pode sucessivamente impor a admoestação verbal e multa (§6º, artigo 28).

4.3.4 EFETIVIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS

Desta forma, as penas restritivas de direitos constantes do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 integram o rol de penas que podem ser aplicadas diretamente pelo juiz, assim como as penas privativas de liberdade e multa, em clara concordância com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLVI, cujo rol é meramente exemplificativo e não taxativo, englobando, portanto, as medidas educativas previstas pela Lei de Drogas. Esta inovação do legislador por priorizar a prevenção, o tratamento e a ressocialização dos usuários e dependentes de drogas reflete uma ação minimalista e garantista, ou seja, o Direito Penal como *ultima ratio*.

Como forma de garantia do cumprimento das penas alternativas previstas nos incisos I, II e III do artigo 28, o juiz poderá submeter o infrator à admoestação verbal e, caso não funcione, posteriormente à multa, conforme previsão no §6º, artigo 28. Portanto, tais medidas não se tratam de novas penas e sim de medidas que visam garantir sua eficácia.

Imperioso ressaltar o seguinte entendimento acerca das medidas:

A toda evidência, não constituem sanção direta ou primária cominada aos infratores do tipo penal descrito nesse artigo. Tais providências são, em verdade, instrumentos acessórios que se prestam tão somente a assegurar o cumprimento das sanções principais. Por sua natureza instrumental, aproximam-se das sanções processuais ou executórias, usualmente cominadas no direito processual com o propósito de garantir o cumprimento de decisões judiciais. (ARRUDA, 2007, p.34).

Vicente Greco Filho defende que:

Justifica-se sua previsão como única forma de garantir o cumprimento das penas previstas no art. 28. Como não se trata de penas restritivas de direitos que substituam pena privativa de liberdade aplicada, hipótese em que o descumprimento injustificado provocaria conversão em pena de prisão (art. 44, §4º, do CP), não haveria outro meio de torná-las efetivas. (GRECO FILHO, 2009, p.142).

E como o artigo 29, da Lei nº 11.343/06 utilizou a expressão ‘sucessivamente’ não é possível aplicar concomitantemente a admoestação verbal e a fixação da multa aos usuários de drogas. Nesse ponto:

O descumprimento das medidas decorrentes dos incisos I a III, a que se refere o *caput* do art. 28, dará ensejo, em primeiro lugar, a uma audiência em que o juiz admoestará verbalmente o condenado a cumprir o que lhe foi fixado, ao menos em relação à prestação de serviços à comunidade e à frequência a curso. Sendo verbal, nem mesmo será reduzida a termo, tornando-se solene e formal. Por outro lado, somente dada essa chance ao condenado – e ainda assim insistindo em não cumprir

o que lhe cabia fazer - passará o magistrado ao estabelecimento da pena de multa, nos valores sugeridos pelo art. 29. Não é possível promover, concomitantemente, a admoestação e a fixação da multa para compelir o sentenciado a cumprir as obrigações dos incisos II e/ou III do art. 28, *caput*. Fosse viável e não teria sentido prever, com clareza, o termo sucessivamente. (NUCCI, 2007 a, p. 310).

A admoestação verbal trata-se de uma censura, de outra advertência feita oralmente, sem necessidade de ser reduzida a termo. Nucci (2007 a) pondera que o magistrado deve utilizar-se de cautela para não ferir a suscetibilidade do réu, embora precise ser enfático o suficiente para registrar a seriedade do cumprimento da pena. Ele ainda adverte que:

[...] A audiência destinada à admoestação será registrada em termo próprio, mas não se torna indispensável detalhar o que o juiz disse ao condenado, afinal, cuida-se de exortação verbal. A diferença fundamental entre a pena de advertência e a admoestação verbal é, na essência, a finalidade. No primeiro caso, o juiz se concentra a alertar o acusado a respeito dos efeitos das drogas, não somente em relação à sua própria pessoa, mas sobretudo em relação à saúde pública e ao incentivo ao tráfico ilícito de entorpecentes. No segundo, cuida o magistrado de avisar, com firmeza, o agente de que ele não vem cumprindo, corretamente, a pena aplicada. (NUCCI, 2007 a, p. 310).

Para Vicente Greco Filho (2009), a admoestação verbal estatuída no artigo 28, §6º, I é de pouco ou nenhuma eficácia, entendendo, porém, que deva ser mais séria do que a advertência aplicada como pena.

Já a multa (prestação pecuniária), conforme dispõe o §6º, II, do artigo 28, tem a finalidade de servir tão somente como elemento de coerção ao usuário, a fim de que este cumpra as penas fixadas nos incisos I a III do referido artigo. O cálculo deve seguir os ditames do artigo 29, ou seja, entre 40 e 100 dias-multa, atribuindo-se a cada um o valor de um trinta avos a três vezes o maior salário mínimo vigente no país ao tempo do fato, que serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas, tanto em caso de pagamento voluntário quanto em execução judicial.

Observa-se, portanto, que a Lei nº 11.343/06 procurou garantir efetividade às penas alternativas estatuídas no artigo 28, fornecendo ao magistrado meios para viabilizar o cumprimento da sanção imposta e alcançar a prevenção do uso, atenção e reinserção social do usuário e dependente de drogas.

Não obstante, Luiz Flávio Gomes ainda preleciona que a Nova Lei de Drogas assegura ao magistrado a substituição da pena alternativa caso constate a ineficácia da medida imposta ao infrator:

Faculta-se ao juiz proceder à substituição da pena alternativa transacionada ou imposta. Em qualquer tempo, enquanto não extinta a pena em razão do seu cumprimento ou da prescrição, pode haver substituição. Nem sempre a medida

convencionada ou imposta resulta a mais adequada. Constatado o risco de ineficácia da medida, outra deve ocupar o seu lugar. A substituição pode dar-se a pedido do Ministério Público ou do próprio agente. Nada impede que o juiz atue inclusive de ofício, ouvindo-se a acusação e a defesa, antes de tomada qualquer decisão. (BIANCHINI, A. et.al., 2009, p.177).

Em análise minuciosa da Lei nº 11.343/06 constata-se que tais dispositivos legais em conjunto com o ordenamento jurídico brasileiro procuram disponibilizar todos os meios para prevenção do uso, atenção e reinserção social do usuário e dependente de drogas. Além dos meios coercitivos, o legislador também buscou instituir políticas públicas e promover a ação conjunta e harmoniosa de todos os setores da sociedade, compartilhando a responsabilidade com o governo.

Aliás, verifica-se em rápida abordagem dos dados obtidos do Ministério da Justiça (em seu portal na internet), o significativo resultado e reconhecimento da opinião pública e da sociedade quanto à reparação do ato cometido por meio das penas alternativas, principalmente no que diz respeito à prestação de serviço à comunidade.

Segundo informações do Departamento de Reintegração Social Penitenciário, da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, em agosto de 2008, eram 11.071 pessoas acompanhadas pelos Centros de Penas de Medidas Alternativas no cumprimento de suas penas ou medidas alternativas e que não ocupavam vagas em presídios.

Em relatório fornecido por este Departamento, consta que o caráter pedagógico das penas alternativas, os benefícios para a sociedade que não excluiu o indivíduo infrator, mas sim o resgata e educa para o exercício pleno da cidadania está implícito no baixo índice de reinclusão no programa que é de 4,7% (Fonte DRSP), contra os quase 60% de reinclusão no sistema fechado. Além disso, o custo por apenado em penas ou medidas alternativas de R\$13,80 (Fonte DRSP) é outro fator que chama atenção em face dos onerosos R\$775,00 (Fonte Secretaria de Administração Penitenciária) por preso em regime fechado.

O Estado de São Paulo através do Centro de Penas e Medidas Alternativas, até agosto de 2008, tinha 30 Centrais de Penas e Medidas Alternativas em 29 Municípios do Estado de São Paulo: Américo Brasiliense, Araraquara, Assis, Avaré, Bauru, Birigui, Botucatu, Bragança Paulista, Campinas, Chavantes, Guarujá, Hortolândia, Ipaussu, Itapetininga, Limeira, Marília, Piracicaba, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, Rio Claro, Santos, São Bernardo do Campo, São Carlos, São Paulo, São Paulo Mulher, São José dos Campos, São Vicente, Sorocaba, Taubaté, Tupã e Votorantim.

Em todo o trabalho desenvolvido e disponibilizado no site do Ministério da Justiça ainda há o perfil do infrator submetido à pena alternativa, especificamente quanto à prestação de serviço à comunidade melhor visualizado na Figura do Prestador de Serviço de 2008:

PERFIL DO PRESTADOR DE SERVIÇO EM 2008

- Quanto ao sexo: 85% masculino; 15% feminino;	- Quanto à renda individual: 14,5% não possuem renda; 7% menos de 1 salário mínimo; 62% de 1 a 3 salários mínimos; 10% de 3 a 5 salários mínimos; 4,5% de 5 a 10 salários mínimos; 2% Acima de 10 salários mínimos.
- Quanto a idade: 9,5% entre 18 e 20 anos; 42% entre 21 e 30 anos; 24,5% entre 31 e 40 anos; 14,5% entre 41 a 50 anos; 7% entre 51 e 60 anos; 2,5% mais de 60 anos.	- Quanto ao estado civil: 47% Solteiros; 25,5% Casados; 19,5% União estável; 6,5% Separados/divorciados; 1,5% Viúvos.
- Quanto a escolaridade: 2% Analfabetos 31,5% Ensino fundamental incompleto; 12% Ensino fundamental completo; 16,5% Ensino médio incompleto; 25% Ensino médio completo; 7% Ensino superior incompleto; 5% Ensino superior completo; 1% Pós-graduados.	- Quanto ao cumprimento anterior de pena: 13% Regime fechado; 1,5% Regime aberto; 1% Regime semi-aberto; 1,5% PSC; 4,5% Outras penas alternativas; 78,5% Não cumpriram penas anteriormente
- Quanto ao vínculo empregatício: 2,5% Aposentados; 35% Empresas privadas; 3% Serviço Público; 43% Trabalhadores autônomos; 16,5% Desempregados.	- Quanto ao uso de drogas: 80% Não usuários de drogas; 4,5% Usuário experimentador; 6% Usuário ocasional; 3,5% Usuário habitual; 6% Usuário dependente.

Figura do Perfil do Prestador de Serviço em 2008. Fonte: Departamento de Reintegração Social Penitenciário do Estado de São Paulo (agosto/2008). Brasil. Ministério da Justiça.



Figura do Início do Programa: Dados dos Centros de Penas e Medidas Alternativas do Estado de São Paulo (1997-2008)

Programa de prestação de serviço à comunidade

Fonte: Brasil. Ministério da Justiça (relatório de ações de agosto/2008)

No âmbito nacional, o Brasil possui dezenove varas judiciais especializadas, auxiliadas por trezentos e seis estruturas montadas de monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, dentre Núcleos e Centrais, que compõem o conjunto de equipamentos públicos disponibilizados pelo país nesta área. Tais serviços envolvem instituições como Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Poder Executivo e entidades da Sociedade Civil Organizada. E os dados obtidos no decorrer dos anos de aplicação de penas e medidas alternativas demonstram a evolução conforme ilustrado na Tabela Evolução história das penas e medidas alternativas no Brasil:

Tabela Evolução histórica das penas e medidas alternativas no Brasil:

(Continua)

A	L	T	S	N	N	N
n	e	e	r	ú	ú	ú
o	g	m	v	o	ú	ú
	i	p	i	d	e	e
	s	o	ç	e	r	r
	a	d	ú	l	o	d
	ç	e	l	e	d	e
	ã	c	ic	d	e	e
	o	u	o	P	e	P
		m	d	M	r	
	V	p	M	R	A	s
	i	o	e	s	o	
	g	n	iv	a	s	
	e	e	to	as	c	s
	n	n	ra	Res	u	
				triti		
				vas		
				de		
				Dire		

	te	toda P M A	men to de P M A	itos		mu l a d o	
				Medi das	pen as		
1 9 8 7	7 .2 1 0 /8 4	0 - 1	01 Nú cl eo no RS	S e m i n f o r m a ç ã o	1 9 7	S e m i n f o r m a ç ã o	S e m i n f o r m a ç ã o
1 9 9 5	7 .2 1 0 /8 4 9 .0 9 9 /9 5	0 - 1	04 Nú cl eo s	7 8 .6 9 2 2	1 .6 9 2	8 0 .3 6 4	1 4 8 .7 6 0
2 0 0 2	7 .2 1 0 /8 4 9 .0 9 9 /9 5 9 .7 1 4 /9 8 1	0 - 4	04 Va ra s Es pe ci ali za da s 26 Ce nt rai s/ Nú cl eo s	8 0 .8 4 3	2 1 .5 6 0	1 0 2 .4 0 3	2 4 8 .6 8 5

	0					
	.					
	2					
	5					
	9					
	/					
	0					
	1					
2	7	0	10	2	6	3
0	.	-	Va	3	3	0
0	2	4	ra	7	.	1
6	1		s	.	4	.
	0		Es	9	5	4
	/		pe	4	7	0
	8		ci	5		3
	4		ali		2	6
	,		za			
	9		da			
	.		s			
	0		21			
	9		3			
	9		Ce			
	/		nt			
	9		rai			
	5		s/			
	9		Nú			
	.		cl			
	7		eo			
	1		s			
	4					
	/					
	9					
	8					
	1					
	0					
	.					
	6					
	7					
	1					
	/					
	0					
	3					
	1					
	0					
	.					
	8					
	2					
	6					
	/					
	0					
	3					
	1					
	1					
	.					
	3					

4						
0						
/						
0						
6						
1						
1						
.						
3						
4						
3						
/						
0						
6						
2	7	0	18	3	8	4
0	.	-	Va	3	8	4
0	2	4	ra	3	2	2
7	1		s	.	2	3
	0		Es	6	8	.
	/		pe	8	3	3
	8		ci	5	7	7
	4		ali	2	2	3
	,		za			
	9		da			
	.		s			
	0		24			
	9		9			
	9		Ce			
	/		nt			
	9		rai			
	5		s/			
	.		Nú			
	7		cl			
	1		eo			
	4		s			
	/					
	9					
	8					
	1					
	0					
	.					
	2					
	5					
	9					
	/					
	0					
	1					
	1					
	0					
	.					
	6					
	7					
	1					
	/					
	0					
	3					
	1					
	0					
	.					
	8					
	2					
	6					
	/					

1 0 . 8 2 6 / 0 3							
1 1 . 3 4 0 / 0 6							
1 1 . 3 4 3 / 0 6							
2 0 0 0 9	- -- -- --	-- -- -- -	20 Va ra s e 38 9 9 Nú cl eo s	5 4 4 . 7 9 5	1 2 6 . 2 7 3	6 7 1 . 0 7 8	4 7 3 . 6 2 6

(Conclusão)

Fonte: Adaptado de: BRASIL. Ministério da Justiça. 20 ago.2010.

Observações:

Nº de Comarcas existentes no Brasil: 2.510 (fonte: PNUD/ MJ, 2006).

Nº de Comarcas com Serviços Públicos de PMA no Brasil: 325 (13% - fonte:CGPMA/DPP/DEPEN) .

% de Reincidência dos ex-cumpridores de Penas Privativas de Liberdade (Presos): 70 a 85%.

% de Reincidência dos ex-cumpridores de PMA: 2 a 12% (fonte: ILANUD) (fonte: Nunes, Adeildo, 1996).

Nesse contexto, depreende-se que a ação conjunta de Estado e sociedade é fundamental à garantia do bom cumprimento das decisões judiciais, para efetividade das penas alternativas e essencial para propiciar a prevenção do uso, atenção e reinserção social do usuário e dependente de drogas. Porque, como visto acima, ainda é grande o número de cidades que não contam com esse apoio dos Centros de Penas e Medidas Alternativas e resultados satisfatórios na ressocialização do infrator, e o fortalecimento, efetivação e credibilidade da aplicação e da execução das penas alternativas no país depende da ampliação desta política.

Portanto, deve-se adotar em relação às drogas uma política educativa responsável e a nova posição legislativa brasileira sobre o usuário com a Lei nº 11.343/06 caracteriza-se por:

(a) não associação do uso de drogas com a ‘demonização política e social’ (leia-se: o usuário de droga não deve ser visto como um demônio’); b) a sobrevivência da sociedade não depende só da política repressiva; c) a política do uso controlado, como o álcool, pode dar bom resultado; d) o uso de droga não é assunto prioritário da polícia (sim, de saúde pública). A nova legislação brasileira, no que se relaciona com o usuário, representa um avanço (ao não puni-lo com pena de prisão) e está tendencialmente em consonância com a política européia de redução de danos. (BIANCHINI, A. et.al., 2009, p.166).

Desta forma, o artigo 28 da Nova Lei de Drogas está em consonância com os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, conforme pormenorizados em capítulo específico, com a teoria da prevenção geral da pena que procura pela imposição da pena restabelecer a confiança no Direito como mecanismo regulador das condutas, formador de consciência jurídica e ressocializador daqueles submetidos aos seus ditames, e com o modelo político-criminal garantista, de um Direito Penal como *ultima ratio*, pautado pela mínima intervenção estatal com máximas garantias, na qual a política de drogas deva ocorrer de forma harmoniosa, priorizando um justo equilíbrio entre as atividades de prevenção, reinserção social de usuários e dependentes e repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

CONCLUSÃO

Em análise de todo o contexto histórico e evolutivo das legislações brasileiras que abordaram a problemática das drogas nota-se a preocupação do legislador no que tange a uma situação que confronta os cidadãos por todos os lados, já que a dependência das drogas afeta drasticamente a esfera individual e o âmbito familiar, além de repercutir na sociedade, que é compelida a resolver o problema por meio do aparato estatal.

É nesse sentido que desde os primórdios tipificou-se a conduta de porte de drogas, considerando-a como um delito, por contrariar o ordenamento jurídico e caracterizar ilícito jurídico, na modalidade mais grave como ilícito penal, em razão da lesão a bens jurídicos de maior relevância e penalmente tutelados.

Assim, no decorrer dos anos, inúmeros debates foram travados entre os operadores do Direito, especialistas de todas as áreas de conhecimento e a sociedade, na tentativa de encontrar uma solução plausível e eficaz para o problema das drogas. Mas somente em 2006, ante uma péssima situação legislativa, que adveio a solução mais correta e adequada ao mundo contemporâneo, a Lei nº 11.343/06, objeto de estudo do presente trabalho.

Aliada a esta adequação legislativa, também ocorreu uma movimentação constitucional, penal, e processual de combate às drogas no intuito de disciplinar a problemática das drogas e invocar a participação de toda sociedade na prevenção do uso, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Aliás, no que diz respeito ao usuário e dependente de drogas, a Lei nº 11.343/06, especificamente o artigo 28 trouxe uma nova tipificação, com a inserção de novos tipos penais, de novas condutas tidas como incriminadoras e aboliu a pena privativa de liberdade, instituindo penas alternativas como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, caracterizando uma política criminal com fins preventivo e ressocializador, e não meramente retributivo.

Apesar da conduta permanecer sob a proteção do Direito Penal, este quadro demonstra o avanço da legislação brasileira em relação às anteriores pela extinção da pena privativa de liberdade do rol das sanções impostas aos usuários e dependentes de drogas, preocupação com a ressocialização do infrator e determinação do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso e de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

Até porque, mantendo-se a linha de raciocínio de estudo pormenorizado do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, nota-se que a nova lei adota uma das modernas tendências da Política Criminal que é o Direito Penal mínimo, ou seja, a mínima intervenção estatal, com máximas garantias, em razão da falência das prisões e de sua ideologia de tratamento reabilitador;

elevadíssimo custo da operacionalização do sistema penal que apresenta mais efeitos negativos que positivos; e deslegitimação do sistema pela inerente seletividade e discriminatória, seja ante o infrator, seja diante da vítima.

Tudo isso em contraposição a uma fisionomia da legislação penal brasileira que tem produzido efeitos negativos, por causa de normas penais incriminadoras a vários setores da atividade humana, pouco importando a natureza do fato, o que, a princípio, causa a funcionalização do direito penal e o transforma na bandeira de correntes extremistas de política criminal. Nesse contexto, o Direito Penal perde o caráter de intervenção mínima, de *ultima ratio*, constituindo-se em um conjunto de normas de atuação primária e imediata, no qual a sanção penal passa a ser considerada como indispensável para a solução de todos os conflitos humanos. A dialética é assim relatada:

[...] onde movimentos de opinião partidária do princípio da 'lei e ordem' pressionam os congressistas à elaboração de leis penais cada vez mais severas e iníquas [...]. Sob outro aspecto, esse movimento faz com que o direito penal e o direito processual penal percam a forma. Quanto ao estatuto penal, os tipos incriminadores passam a ser descritos com a inclusão de normas elásticas e genéricas, enfraquecendo os princípios da legalidade e da tipicidade [...]. No campo do processo penal, encurta-se a distância entre a investigação e o procedimento instrutório, desaparecendo o limite entre as fases investigatória e judicial. (JESUS, 1999, p.5-6).

Sendo assim, pela teoria do Direito Penal mínimo, há o estabelecimento de critérios de racionalidade e civilidade à intervenção estatal, deslegitimando qualquer modelo de controle social que sobreponha seu interesse acima dos direitos e garantias individuais.

A clara proposta do abolicionismo moderado, como se vê, não consiste em eliminar o Direito Penal, senão minimizar sua utilização para a resolução dos conflitos penais, não só reduzindo o âmbito da sua aplicação (seja impedindo o quanto possível novas e desnecessárias 'criminalizações', seja, sobretudo, propugnando por uma ampla descriminalização), senão também a intensidade ou o grau da resposta estatal, especialmente quando se trata da pena de prisão (nisto reside o processo de despenalização). (GOMES, 2000, p.52).

Enfim, o Direito Penal mínimo, embasado na Política Criminal de intervenção mínima, entende que o Direito Penal deve ser reservado para situações de indispensável proteção a um bem jurídico relevante, sendo possível a incidência apenas quando esgotadas todas as outras formas de proteção extrapenais menos devastadoras das garantias individuais dos cidadãos, enquadrando-se realmente o Direito Penal como *ultima ratio*.

Nesta atuação estatal e na conseqüente concretização do Direito Penal, surge a necessidade de princípios constitucionais capazes de limitar a reação penal do Estado, o exercício do *jus puniendi*, visando garantir a exigência de segurança jurídica formal e material

impostas pelo Estado Democrático de Direito para persecução do bem comum e orientar o legislador infraconstitucional.

Por conseqüência, a pena também deve estar em consonância com o regime político a que está submetido, por ser decorrência da própria evolução de um povo e pela sua permanência ainda que se modifiquem as normas regulamentadoras. Sendo assim, com a Lei nº 11.343/06, a pena deixa de ter o caráter meramente retributivo pela prática da conduta delituosa, e prioriza a forma preventiva geral, de forma que a pena expresse um limite para o *jus puniendi* detido pelo Estado, mantendo-se dentro dos limites do Direito Penal para que seja imposta por um procedimento cercado de todas as garantias constitucionais.

Mais uma vez, o Direito Penal é obrigado a observar os direitos fundamentais de cada cidadão, ainda que delinquente, e especificamente quanto à Nova Lei de Drogas, deve orientar-se pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, para que a pena atue na prevenção e proteção dos direitos e não como instrumento opressor discriminatório.

Toda essa evolução acerca da teoria da pena, a consagração dos princípios limitadores do poder punitivo estatal na Constituição Federal, o estudo aplicado de modelos político-criminais mais eficazes e adequados ao mundo contemporâneo e a conscientização da sociedade para com as mazelas decorrentes do uso de drogas culminaram na instituição de penas alternativas para sancionar os usuários e dependentes de drogas, como forma de evitar o processo estigmatizador da pena privativa de liberdade, promover a ressocialização do ser humano sem enquadrá-lo como criminoso e obter resultados concretos efetivos.

A par de toda a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do artigo 28, considera-se que é crime a posse de drogas para consumo pessoal e este caráter preventivo inerente ao dispositivo legal não exclui o caráter sancionatório, nem impede a utilização dos meios coercitivos previstos na legislação específica para cumprimento das penas e medidas alternativas, encontrando-se o usuário regido por um novo 'estatuto' jurídico no nosso país.

Assim, considera-se que não houve a descriminalização da conduta de posse de drogas para uso próprio, que continua no âmbito do Direito Penal, apenas ocorreu a diminuição da carga punitiva, que deixou de ser privativa de liberdade. Contudo, consolidando os princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito e as regras basilares de um Direito Penal mínimo, como *ultima ratio*, nota-se um claro avanço para que o tema seja tratado como questão de saúde pública, com incidência de normas de caráter administrativo e não penais, sendo, talvez, a Lei nº 11.343/06 a fase transitória para posterior e breve descriminalização.

Por fim, o Brasil apresenta todo o aparato legislativo necessário para a concretização e efetividade dos preceitos da Lei nº 11.343/06, cabendo ao Poder Público, especificamente ao Poder Executivo, disponibilizar condições para instalação e acompanhamento dos programas educativos e ressocializadores, e para fiscalização da execução das penas alternativas, de modo a fomentar toda a estrutura já existente e obter resultados ainda mais significativos que aqueles apresentados com a prevenção do uso, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas nesse processo de substituição paulatina dos padrões de atuação normativa pela atuação terapêutica.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, S.M. **Drogas**: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Método, 2007.

BECCARIA, C. De los delitos y de las penas. 3 ed. Tradução de J. Antonio de las Casas. In: GOMES, L.F. **Penas e medidas alternativas à prisão**: doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BIANCHINI, A. et al. **Legislação criminal especial**. Coord. Luis Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências Criminais - vol. 6)

BITENCOURT, C.R. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000 a.

_____. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000 b.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 20 ago.2010.

BRASIL. Ministério da Justiça Disponível em:
<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 ago.2010.

BRASIL. NEAD – Núcleo Einstein de Álcool e Drogas do Hospital Israelita Albert Einstein. Disponível em: <http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/drogas_conceito.htm>. Acesso em: 14 set.2010.

BRASIL. Presidência. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 ago.2010.

BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago.2010.

CALLEGARI, A.L. **Teoria Geral do delito e da imputação objetiva**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CORRÊA JÚNIOR, A.; SCHECARIA, S.S. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.12.

Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 mar.2010.

DOTTI, R.A. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, L.F. **Nova lei de drogas**: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>>. Acesso em: 30 mar. 2010.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**: doutrina e jurisprudência. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, L.F.; CUNHA, R.S. **Posse de drogas para consumo pessoal**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061212113559593>. Acesso em: 30 mar. 2010.

GRECO FILHO, V. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. **Lei de drogas anotada**: Lei nº 11.343/2006. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HASSEMER, W. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; tradução: Adriana Beckman Meirelles... [et al] – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008.

JESUS, D. E. de. **Penas alternativas**: anotações à Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 mar.2010.

MARCÃO, R. **Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**: nova lei de drogas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 a.

_____. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 b.

PIERANGELLI, J. H. Códigos Penais do Brasil – evolução histórica. In: GRECO FILHO, V. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIETRO RODRÍGUEZ, J. I. El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español. In: GRECO FILHO, V. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIDEEL. **Mini Dicionário Compacto da Língua Portuguesa**, com separação silábica. 9 ed. Rideel. São Paulo, 1999.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHECARIA, S. S. **Criminologia**. 2 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VOLPE FILHO, C. A. **Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas** (Lei nº 11.343/2006). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso em: 06 mar.2010.

ZAFFARONI, E.R. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

