



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO – FADIR
TRABALHO DE GRADUAÇÃO

**Lei de Drogas: uma abordagem sobre os delitos de Tráfico, Associação
Consumo e Políticas Públicas relacionadas ao tema.**
DJANINE LOPES PIRES

RIO GRANDE
2015.

DJANINE LOPES PIRES

Lei de Drogas: uma abordagem sobre os delitos de Tráfico, Associação e Consumo e Políticas Públicas relacionadas ao tema.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr.^a Maria de Fátima Prado Gautério.

Área de concentração: Direito Penal, Direito Processual Penal e Constitucional.

RIO GRANDE

2015.

Lei de Drogas: uma abordagem sobre os delitos de Tráfico, Associação e Consumo e Políticas Públicas relacionadas ao tema.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria de Fátima Prado Gautério.

Examinador: Prof.

Examinador: Prof.

RIO GRANDE

2015.

Dedico este trabalho aos meus pais Hermes e Marisa, que foram, são e continuarão sendo minha maior fonte de inspiração. Devo tudo a vocês! Obrigada.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente aos meus pais que com tanto afinho depositaram suas expectativas nessa empreitada, esse diploma é para vocês! Também, a querida Professora Maria de Fátima Prado Gautério por sua orientação e gentileza, por incentivar minhas futuras aspirações e que de forma zelosa forneceu todo apoio que precisei, muito obrigada!

Ao meu querido companheiro Renato por presenciar de perto todo empenho que tive na realização desse sonho que durou seis anos de minha vida. Aos amigos e colegas que fiz ao longo dessa jornada, que esse seja apenas um passo de muitos que daremos, espero tê-los sempre por perto, obrigada pela força e incentivo, todos vocês foram e são muito importantes nessa trajetória.

E por último e não menos importante aos Professores que contribuíram com seu conhecimento, por acreditarem em nossos sonhos e em nossa capacidade de zelar de forma ética a nossa profissão.

Assim, de fato, insisto que saibam que o pouco que aprendi até agora é quase nada, comparado ao que ignoro, e que não desespero de poder aprender, pois aos que descobrem aos poucos a verdade nas ciências sucede quase o mesmo que àqueles que, começando a enriquecer, têm menos dificuldade de fazer grandes aquisições do que o tiveram antes, quando mais pobres, em relação a outras bem menores. René Descartes.

RESUMO

PIRES, Djanine Lopes. Título do TCC está diretamente relacionada com o ramo do Direito Penal, Processo Penal e Constitucional.

Este trabalho possui como finalidade abordar de forma sucinta algumas figuras do tráfico, ou seja, traficantes, usuários/dependentes e aqueles que de alguma forma envolveram-se com este delito, exaltando os critérios de diferenciação entre essas condutas que evidenciam o processo seletivo e estigmatizado existente no Direito Penal Brasileiro. Também, os posicionamentos relativos à criminalização do indivíduo perante o porte e uso de drogas, abordando as teses referentes à constitucionalidade e inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Por último, abarca algumas políticas adotadas ao longo da vigência da lei e as inovações por ela trazidas lei. A metodologia adotada foi à comparativa entre as leis 11.343/2006 e 6.368/1976 por meio da pesquisa doutrinária e simplificada jurisprudencial. Por fim, procura-se demonstrar a impossibilidade de prisão e principalmente criminalização do indivíduo que porta pequena quantidade de droga, alegando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 por ofender os princípios constitucionais relativos a intimidade e a vida privada presentes na Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Associação ao Tráfico. Porte de Drogas. (In) constitucionalidade. Criminalização. Descriminalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CAPÍTULO I - LEI DE DROGAS: TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO E CONSUMO	11
1.1 A tipicidade no Tráfico de Entorpecentes.....	11
1.2 A tipicidade no crime de Associação e Bando ou Quadrilha e suas diferenças	18
1.3 Criminalização x Descriminalização do Consumo de Drogas	24
2. CAPÍTULO II - TRATAMENTO PENAL DESTINADO AO TRAFICANTE E AO USUÁRIO.....	30
2.1 Art. 28 da lei 11.343/2006: aspectos relevantes da diferenciação das condutas de “porte de droga para consumo pessoal”	30
2.2 (In) Constitucionalidade do crime de Porte para Consumo Pessoal	39
2.3 Medidas previstas para usuário de Drogas	42
3. CAPÍTULO III – POLÍTICAS CRIMINAIS DE REPRESSÃO ÀS DROGAS E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA 11.343/2006	46
3.1 Política proibicionista: defesa social.....	46
3.2 Política antiproibicionista: crítica criminológica	50
3.3 As inovações trazidas pela nova Lei de Drogas.....	52
CONCLUSÃO	55
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	58

INTRODUÇÃO

A Política de Drogas adotada no Brasil além de evidenciar uma larga discrepância entre o que é declarado pelas agências punitivas e o que é desempenhado de fato, fortalece o discurso acerca do controle social exercido pelo Estado, difundindo a ruptura de leis norteadas, principalmente, por princípios constitucionais, refletindo-se em todo o sistema penal, e conseqüentemente, desestruturando por completo a segurança das normas jurídicas. Apesar de a Lei 11.343/2006 ter tido como principal inovação a diferenciação das condutas de consumo e tráfico, objetiva-se ao longo desse trabalho discutir aspectos referentes a criminalização imputada as pessoas que eventualmente utilizam a droga e que, constantemente, ainda são associadas a este delito.

Faz-se imperioso demonstrar a separação de figuras tão distintas, cujos efeitos se manifestam de forma tão danosa, pois não seria justo um usuário eventual de maconha, como por exemplo, ter o mesmo tratamento jurídico que um traficante. Dessa forma, o presente estudo justifica sua importância acadêmica por seus reflexos estarem diretamente relacionados ao contexto social, independentemente de qualquer classe. A metodologia utilizada para a sua elaboração foi baseada na análise bibliográfica e ainda, em uma breve pesquisa jurisprudencial. Também, foi utilizado o método comparativo das leis 11.343/2006 e 6.368/1976.

Baseando-se na necessidade de romper com o paradigma social existente em torno das drogas, será abordado no primeiro capítulo aspectos pertinentes ao delito de Tráfico de Drogas, evidenciando a contrariedade do discurso pregado por muitos de que indivíduos de diferentes contextos sociais estão em iguais condições de vida. Do mesmo modo, far-se-á uma apreciação de como se desenvolve o tratamento jurídico e, principalmente, social no crime de Associação e Bando ou Quadrilha, ressaltando as suas características e diferenças. Conseqüentemente, será demonstrado que o consumo da droga evidencia o processo criminalizatório e estigmatizante do usuário perante a sociedade.

Num segundo momento, será explanado que a Lei 11.343/2006, cuja política para o enfrentamento das drogas é pautada no objetivo de amortizar os efeitos desse mal social, inaugurou dois tipos penais diferenciados, o de traficante e do usuário/dependente o que, conseqüentemente, fortaleceu ainda mais a rotulação dos mesmos, principalmente no que tange as condutas de porte para consumo pessoal.

Em contrapartida, em relação à revogada Lei 6.368/1976 constituiu um grande avanço, visto que anteriormente ambas as figuras possuíam o mesmo tratamento penal, ou seja, traficantes e consumidores eram tratados juridicamente da mesma forma.

Além disso, serão feitas algumas abordagens referentes as teses de constitucionalidade e inconstitucionalidade do art. 28 da referida lei, enaltecendo aspectos concernentes aos critérios adotados pelo magistrado para diferenciar as condutas de uso e tráfico, o que contribuiu para a arbitrariedade e seletividade do direito na aplicação da pena. Do mesmo modo, dissertar-se-á a respeito das medidas previstas para usuários de drogas, de acordo com o regramento contido no §3º do art. 28, cujos resultados em caso de não cumprimento da medida não acarretam consequências tão sérias, por se tratar de uma faculdade do infrator de cumprir ou não tal medida. Há, no entanto, quem sustente a ideia de que o seu descumprimento acarretaria em crime de desobediência, porém, será demonstrado o quão equivocado se demonstra esse posicionamento.

Por fim, no último capítulo serão apresentadas algumas políticas utilizadas no enfrentamento ao tráfico, consumo eventual e crônico, além da forma como se desenvolvem suas práticas e, principalmente, como isso se reflete em nossa sociedade. Para tanto, iremos abarcar alguns aspectos referentes a política proibicionista, cuja ideologia se funda na manifestação de preceitos morais advindos do meio social, que através de ações desaprovam determinados comportamentos tidos como negativos, justificando a aplicação do sistema penal como forma de regular essas condutas.

Antagonizando essa lógica, corroborar-se-á como viés uma política voltada a mitigação dos efeitos do sistema atualmente vigente, pautado na estratégia de redução de danos. Para tanto, contrariar-se-á o processo de criminalização dos indivíduos pelo porte de pequena quantidade e a proibição do uso. Quanto as implicações decorrentes do consumo exacerbado da droga, será sugerida a reabilitação social e a disponibilização de meios que limitem ao máximo a lesão causada pelo seu uso indiscriminado.

Portanto, espera-se com esse trabalho retomar a questão relativa as drogas, principalmente quanto a conduta de porte para consumo pessoal, desmitificando os aspectos referentes a criminalização desses indivíduos, abordando alguns pontos de

vista pertinentes a execução da atual política de drogas e as consequências geradas pelas ações de enfrentamento ao tráfico.

1. CAPÍTULO I - LEI DE DROGAS: TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO E CONSUMO

Ao longo desse capítulo será apresentado uma pequena abordagem sobre a tipicidade no delito de Tráfico de Drogas, Associação e Bando ou Quadrilha, enfatizando as suas diferenças, e a criminalização e descriminalização frente ao consumo. Diante dessas explanações, busca-se estreitar as relações entre indivíduo e Estado, com o intuito de viabilizar as alternativas em torno das políticas de enfrentamento ao tráfico.

1.1 A tipicidade no Tráfico de Entorpecentes

Antes de dissertar sobre as sanções aplicadas, o trâmite do processo e o sistema penitenciário nos crimes de porte e consumo de drogas, referenciando alguns dispositivos da Lei 11.343/06 e 6.368/76, imperioso destacar os meios de hermeneutização constitucional, ou seja, os dispositivos de interpretação que dão luz a todo ordenamento jurídico brasileiro. No crime de Tráfico de Drogas, esses meios permitem, de forma ínfima, a individualização dos desvios de conduta, como forma de amenizar a lesão causada ao indivíduo especialmente pela estrutura criminal.

Os problemas de interpretação derivam das formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da disparidade entre as quantidades de pena previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (comércio e uso pessoal) que representam o sustentáculo do sistema proibicionista (art. 28 e 33 da Lei 11.343/06). (CARVALHO 2010, p. 201.)

Para ilustrar a afirmativa supracitada é possível fazer uma relação entre o artigo 33 da Lei 11.343/06, atualmente vigente e com artigo 12 da revogada Lei 6.368/76, os quais encontra-se uma perfeita consonância de dispositivos, pois não houve a diferenciação de condutas, o que aprova o enquadramento do usuário de entorpecente como traficante, como pode-se observar:

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:

[...]

§ 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.

[...]

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

Para Carvalho (2010) a grande inovação da Lei 11.343/06 se deu em relação ao indivíduo, que sem finalidade de lucro, oferece a droga para consumo de maneira compartilhada, de acordo com o disposto no art. 33, §3º da Lei em comento, pois de acordo com a jurisprudência existia o imperativo quanto à sanção em virtude de seu excesso, havendo a necessidade de desclassificar a conduta para uso pessoal. Assim, embora exista previsão da conduta de consumo compartilhado, pouco se evoluiu nas discussões do tema, principalmente pelas novas formas de uso e consumo social.

Com objetivo de diminuir a vagueza existente entre os tipos previstos no art. 28 e 33 da Lei de Drogas, os julgados do Tribunal Supremo da Espanha nos fornecem meios para interpretar o consumo compartilhado. Lá, a sanção para consumo é administrativa, com a aplicação de penas pecuniárias, se essas forem praticadas em locais públicos e em se tratando de consumo em locais privados, não existe a configuração de ilícito. Nesse sentido:

A doutrina espanhola conceitua o consumo compartilhado de entorpecentes como modalidade de autoconsumo não punível, sendo “la base argumental com que se llega a la impunidad es la de que, siendo la salud pública un bien jurídico colectivo, no padece tal bien cuando no concurre o hay riesgo o peligro para la salud de terceros que (em caso del consumo compartido entre adictos) las cantidades disponibles por los copartícipes no rebasen los límites de um consumo normal y sea inmediato, y no medie contraprestación remuneratoria alguna por parte de los drogodependientes; es pues un razonamiento basado em critérios de antijuricidad material.” (SUSÍN 2000, p. 42/3 *apud* CARVALHO 2010, p. 233).

Para o autor supracitado, essa construção faz referência as pessoas que utilizam frequentemente a droga em conjunto com outras e as que a utilizam de forma

eventual, mas de forma compartilhada. Assim, o acolhimento dessa teoria pelo ordenamento brasileiro geraria uma considerável redução das prisões efetuadas no caso de consumo, pois de acordo com a jurisprudência é possível perceber à imputação do Tráfico de Drogas à essas condutas, e dependendo do número de pessoas é possível atribuir não somente o concurso material, como também as figuras referentes à Associação.

Com o intuito de buscar o equilíbrio entre as relações estabelecidas entre indivíduo e Estado, surge o princípio da proporcionalidade como instrumento de correção da diferença no tratamento entre as condutas incriminadoras, tendo sua ascensão com o advento da Constituição Federal de 1988. Quanto aos demais ramos do direito, o direito penal foi o primeiro a emancipar-se, principalmente no debate em relação ao princípio da proporcionalidade.

Após, houve encontro de dois princípios primordiais do direito penal, o da proporcionalidade e o da ofensividade que surgiram da necessidade de valoração do bem jurídico como principal meio de interpretação, estreitando a relação entre a conduta incriminada e a lesão produzida. A percepção da razoabilidade era apresentada como forma de assegurar a satisfação do trâmite do processo penal. Dessa forma, pode-se observar seus reflexos nos instrumentos de defesa do réu, ou seja, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Assim, equilibram-se as relações entre o Poder Estatal (representado pelo Estado punitivo) e o acusado (com seus direitos).

O princípio da proporcionalidade surge do momento em que se instrui o devido processo legal. A partir daí é possível a contenção de qualquer ato considerado abusivo cometido pelo Estado. Dessa forma, se destaca a necessidade de haver harmonia entre o meio adotado e o fim almejado, pois é ela (a harmonia) que terá a função de nortear operadores do direito, com o intuito de identificar se houve ou não quebra da proporcionalidade. Assim, se torna importante:

[...] verificar se o mecanismo escolhido pelo legislador, qual seja, identificação no mesmo tipo penal de condutas distintas cuja ofensividade ao bem jurídico é nitidamente diferenciada, impondo idêntica consequência sancionatória, é idôneo para a obtenção do fim almejado (tutela do bem jurídico). Mais: se a opção legislativa causou a menor restrição necessária aos direitos fundamentais dos sujeitos incriminados. (CARVALHO, 2010, p. 208).

Assim, havendo conflito de princípios constitucionais e restrições relativas aos direitos fundamentais, deve-se ater ao princípio da proporcionalidade, pois o mesmo se aplica no momento em que uma medida concreta propõe-se a uma finalidade, possuindo como objetivo razoar alguma desproporção existente entre os meios empregados e a finalidade desejada.

Para ilustrar melhor a quebra da proporcionalidade Carvalho (2010) refere-se às contradições presente no art. 33 da lei 11.343/06 no que tange a conduta de fornecer gratuitamente ou entregar para o consumo, se essas deveriam ter o mesmo grau lesivo de quem importa, exporta ou vende droga. Diante da resposta afirmativa, evidente que há ruptura, havendo a necessidade da criação de medidas que retifiquem o excesso.

Ao detalhar as condutas do art. 33 com as do art. 28 da referida lei, nota-se a desproporcionalidade contida no tipo penal. Tanto na conduta “agir” daquela, quanto nas de “adquirir, guardar, trazer consigo...” dessa, percebe-se a igualdade com que ambas são incriminadas.

A distinção teórica deste crime para o do art. 28 é facilmente verificável: o delito do art. 28 pede o elemento subjetivo do uso pessoal. A prática, entretanto, é bem diversa, e nem sempre está bem claro qual é o crime diante do qual se está. Não é a quantidade da droga que determinará o crime, embora ela possa ser um dos fatores de convencimento do delegado de polícia para o flagrante e do juiz para a homologação deste, aceitação da denúncia e condenação posterior. [...] Todavia, não é um critério único, muito menos absoluto. Por vezes uma pequena quantidade ainda assim indica a conduta do art. 33. Nem sempre traficante está com grandes quantidades da droga. (BRODBECK, 2012, p. 95)

Assim sendo, segundo Mendonça e Carvalho (2012) o ônus em provar o alegado recai sobre o réu, até mesmo por que não se admite a forma culposa no crime de Tráfico de Drogas (com exceção do art. 38). Ele é quem deve trazer à tona todas as evidências que permitam concluir que a ação teve como objetivo o uso para si ou compartilhado. Diante da incerteza quanto a finalidade comercial por inexistência ou da insuficiência de provas, necessário será a desclassificação da conduta tipificada no art. 28.

Apesar de se possuir parâmetros normativos sobre os critérios de diferenciação das condutas de uso e comércio previstas tanto na revogada Lei 6.368/76 e na Lei 11.343/06, não houve enaltecimento em nosso ordenamento jurídico

acerca das discussões referentes as quantidades fixadas para droga e, tampouco, qualquer tipo de diferenciação de condutas. Dessa forma:

É no caso concreto, com base no bom senso e no bojo probatório tomado em sua integralidade, que se verificará a presença ou ausência do elemento subjetivo do art. 28, para a classificação do delito como este ou como a do art. 33 em comento. Evidentemente, em alguns casos, a quantidade de droga apreendida é tão grande que importa, por si só, para formar o convencimento de que se trata de tráfico. (BRODBECK, 2012, p. 95-96).

Dito isto, cabe salientar o conflito existente entre o art. 28 e o 33 da Lei 11.343/2011 nos casos em que um traficante, além de portar drogas para o comércio ilegal, também porta para uso pessoal. Nesse caso, seria possível o cometimento dos dois delitos? Não, nesse caso há a absorção do art. 28 pelo art. 33. Em entendimento diverso, nos casos em que o agente pratica mais de uma conduta Mendonça e Carvalho (2012) aplicam “o princípio da alternatividade caso o agente, dentro de um mesmo contexto fático, pratique mais de uma conduta”. Nesse sentido a jurisprudência entende:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE. PRECEDENTES.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante. (Grifo nosso).

3. Habeas corpus não conhecido. HC 195985 / MG – HABEAS CORPUS - 2011/0020238-5 / Ministro NEFI CORDEIRO (1159) / T6 - SEXTA TURMA - 09/06/2015 - DJe 18/06/2015.

Na Europa Ocidental muitos países estabelecem não só a quantidade (essa prevista em lei) como critério objetivo, como também níveis de variação que vão desde a atipicidade do fato até o tráfico qualificado, caracterizando tipificações abertas como: fixação de quantidade mínima para consumo, tráfico privilegiado, tráfico comum e tráfico qualificado. Nesse caso, os critérios e a diferenciação das condutas de

consumo e comércio são fornecidos pelas agências sanitárias, que estimam quantidades diárias necessárias ao dependente.

Em contrapartida, na jurisprudência brasileira não possuem decisões desse tipo, ainda que haja expressiva diferença na pena. Porém, no porte de pequena quantidade o princípio da insignificância tem sido utilizado por alguns Tribunais brasileiros para a configuração de uso pessoal, mas sem precisar a quantidade utilizada como parâmetro.

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. (Grifo nosso).

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida. HC 110475/SC – SANTA CATARINA. HABEAS CORPUS Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 14/02/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma

Dessa forma, com o intuito de distinguir as condutas dos tipos descritos no art. 28 e 33 é utilizado como critério a finalidade, ou seja, se a substância é adquirida para fins de uso próprio ou compartilhado ou para comercialização. Essa definição de juízo foi introduzida pela jurisprudência com o advento da Lei 6.368/76, especialmente em seu art. 12, o qual utilizava como parâmetro a quantidade de droga apreendida, configurando o critério objetivo a ser utilizado.

Durante o vigor da Lei 6.368/76 havia posicionamento da doutrina e da jurisprudência com relação ao art. 12, o qual fazia a tipificação do crime de Tráfico de Drogas. Tanto foi que a Constituição Federal atribuiu o mesmo tratamento ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e drogas afins que aos crimes hediondos. Nesse prospecto, Arruda (2007, p. 54) firma o entendimento que “a expressão e sua tradicional

associação ao delito do art. 12 podem conduzir a interpretações muito equivocadas quanto ao conteúdo do dispositivo. ” Ou seja, na sua definição corrente tráfico era no sentido de “comercializar, negociar”, só que esse entendimento pode induzir erroneamente a finalidade somente comercial do delito previsto no art. 33.

Vale dizer, praticaria o crime de “tráfico de drogas” apenas o agente que comercializasse ou tivesse a intenção de comercializar a substância. Nada mais falso. O tipo não exige esta especial intenção. Ao contrário, alguns de seus núcleos claramente não se compatibilizam com o propósito de auferir lucro com a circulação da droga, o que fica evidente quando se analisa a modalidade “fornecer drogas, ainda que gratuitamente”. A jurisprudência é bem firme neste sentido, sendo interessante transcrever enfática decisão do TJMG: “Para a configuração do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes não é, necessariamente, exigível a prática de atos de comércio.” Assim, cremos relevante afastar de plano qualquer exegese que identifique ou associe o delito em análise à necessária finalidade comercial da conduta. (ARRUDA, 2007, p. 54).

Cumpra repisar que há um tipo penal de menor potencial ofensivo que serve como intermediário entre o crime de Tráfico de Drogas e o de Porte para Consumo Pessoal previsto no art. 33, §3º Lei 11.343/06, qual seja o de Consumo Compartilhado, que consiste em “oferecer a droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem.” O fato de não possuir o lucro como objetivo faz com que essa previsão se aproxime da prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Portanto, a utilização desses critérios torna-se inoportuna, pois interpretar novo dispositivo com o entendimento do antigo abre precedente para o aumento da punibilidade entre tipos diferenciados (mercancia de entorpecente e porte para consumo próprio). Na tentativa de exaltar os critérios objetivos (quais sejam quantidade de substância apreendida, local e condições da ação) está sendo induzido à subjetividade do tipo (circunstâncias sociais e pessoais, bem como os antecedentes) e esquecendo do mais importante, do elemento subjetivo.

A autoridade judicial ao classificar a conduta pode apenas indicar e denunciar a ocorrência dos tipos previstos no art. 33 ou 28 da atual lei, mas jamais atribuir juízo de imputação auferindo exclusividade aos critérios por haver a presença de elementos objetivos do tipo. A quantidade de substância apreendida, local e condições da ação são apenas critérios que denunciam os elementos do tipo. Quem deve fazer uma avaliação mais prudente é o operador do direito, associando as informações fornecidas sobre a conduta do agente a outras informações subjetivas que indiquem

infirmamente algo, do contrário, não estando amparadas, estas por si só não revelam nada.

A apreensão do indivíduo com grande quantidade de entorpecentes, embalados de forma individual e ainda revelado os seus antecedentes criminais pelo crime de tráfico, poderiam caracterizar ambas situações, tanto a de comércio como a de uso, pois nada impede que o mesmo tenha obtido a droga nessas condições. Vale ressaltar que o problema não está nas informações externas à conduta, e sim na percepção e vontade na conduta do agir.

Destarte, estabelecer-se-ia, de acordo com Carvalho (2010) uma “cláusula de barreira”, sugerindo uma presunção tanto legal quanto jurisprudencial do uso e a partir da quantidade fixada seria possível avaliar a finalidade e as demais circunstâncias da conduta para a configuração da tipicidade. Outrossim, seria evitado a atribuição dos efeitos danosos, tanto penais quanto processuais do crime de tráfico ao usuário.

Embora existam posicionamentos que defendam a qualificação dessa conduta como sendo tráfico privilegiado, esses não merecem prosperar, pois se for analisada a conduta praticada pode-se perceber uma tendência maior ao porte da droga do que à sua comercialização. A finalidade que está expressa no dispositivo nos remete a hermenêutica das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, pois essas sim se enquadram nas modalidades do tráfico por estarem destinadas a comercialização, não sendo plausível a qualificação privilegiada, com o intuito de evitar confusões e minimizar o máximo possível os efeitos nefastos da Lei.

1.2 A tipicidade no crime de Associação e Bando ou Quadrilha e suas diferenças

Com a revogação da Lei 6.368/76, em especial do art. 14, o art. 35 da atual Lei 11.343/06 reproduziu quase que fielmente o mesmo dispositivo, tipificando o delito de Associação para o Tráfico de Drogas. Apesar de existir uma aproximação com o delito de Formação de Quadrilha, a conduta praticada por quem se associa ao tráfico em nada se confunde, pois aquela trata-se de infração autônoma. Assim dispõe o artigo 35 da Lei de 11.343/06 Associação ao Tráfico de Drogas:

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.

No que tange ao delito de quadrilha previsto no Código Penal:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

A diferença entre as figuras supracitadas está no número de pessoas que concorrem para a prática do crime. No caso da Formação de Quadrilha prevista no art. 288 *caput* do Código Penal prevê o número mínimo de quatro pessoas. Em contrapartida, para configurar a Associação ao Tráfico, basta o número mínimo de duas pessoas e que essas tenham como fim a prática dos crimes previstos no art. 33 *caput* e §1º e 34.

Com o advento da Lei 8.072/1990, em especial em seu art. 8º, houve a criação de uma nova espécie de quadrilha sempre que o bando possuísse como finalidade o cometimento de “crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”, com pena de reclusão de 3 a 6 anos. Nesse caso, podemos perceber um acréscimo de gravidade no delito de Formação de Quadrilha, cuja pena estabelecida onera mais que a prevista no 288 do Código Penal, com a intenção de punir a conduta praticada com a finalidade de cometer crimes. Com relação a descrição do tipo, essa foi mantida, ou seja, conduta tem que ser praticada por mais de três pessoas para a configuração do delito.

Com o surgimento da Lei 11.343/2006 o crime de Associação para o Tráfico foi novamente descrito, porém a exigência mínima para a sua configuração passou a ser de somente duas pessoas. No entanto, a pena foi cominada de 3 a 10 anos de reclusão, conforme dispôs a Lei 6.368/1976. Dessa forma, se está diante de duas espécies distintas de crime: Associação, essa com a finalidade para os crimes hediondos (exceto tráfico de drogas) e a prevista no art. 288 do CP - Quadrilha ou Bando, sendo que em ambos os casos se exige para o cometimento do crime a participação de no mínimo três pessoas. Entretanto, no crime de Associação para o Tráfico, há previsão do concurso de somente duas pessoas, com fixação da pena no art. 35, como já mencionado.

Cabe mencionar ainda a majoração que sofreu o dispositivo no que tange a sanção pecuniária aplicada, que vai de 700 a 1.200 dias-multa, maior que a prevista no art. 33, que é de 500 a 1.500 dias-multa. Para Arruda (2007), de acordo com a tendência que existe na aplicação da pena mínima em nosso ordenamento penal brasileiro, nos casos de crime por Associação para o Tráfico de Drogas, a multa acabará sendo fixada em níveis superiores ao do Tráfico de Drogas devido à grande movimentação financeira gerada pelo delito.

Na descrição do tipo penal houve a exigência somente de que os associados tivessem como finalidade a prática reiterada ou não, dos delitos previstos no art. 33 *caput* e §1º e 34 da Lei 11.343/06. Neste diapasão, surge a dúvida quanto continuidade e estabilidade no delito de associação. Caso seja feita uma interpretação exata do dispositivo, é possível perceber que não é requisito a permanência entre os associados, sendo o suficiente a demanda em conjunto de esforços para a prática de um delito.

Com o advento da lei 11.343/06 não existe mais previsão de aumento da pena nos casos de concurso de agentes, bastando a sua simples reunião sem a exigência de que haja a prática reiterada de crimes. Para Arruda (2007), o tipo penal carece da formação de uma sociedade criminosa, ainda que pequena e teria como objetivo traficar drogas de forma habitual ou com o objetivo de manter a associação criminosa. Há a possibilidade de os associados nem chegarem a cometer qualquer delito ou ainda, de praticarem apenas um, mas é indispensável que haja o *animus* de manter o vínculo com a organização criminosa.

É que o bem jurídico tutelado pelo delito parece-nos ser a paz e a saúde públicas. Tem-se aí delito de perigo: reprime-se a existência da associação pelo risco que ela ocasiona à sociedade e por sua nocividade intrínseca; nocividade que decorre dos propósitos espúrios que a movem. Ora, mas se a reunião é apenas eventual, se há uma associação *ad hoc*, o risco e o dano esgotam-se na própria conduta praticada. A jurisprudência dos tribunais achava-se bem assentada no sentido de exigir-se animus associativo, a estabilidade e as conexões subjetivas entre os associados. (ARRUDA, 2007, p. 77).

[...] o elemento subjetivo do crime em exame exige a demonstração de uma vontade dirigida para o fim específico de praticar os crimes de tráfico, de petrechos ou de financiamento para o tráfico ilícito de drogas. Mas, é preciso que esta vontade delitiva seja manifestada no contexto de uma associação estável, ou seja, dotada de certa permanência temporal. Não há necessidade de um acordo formal sobre o plano delitivo, mas é preciso que os participantes tenham consciência dos seus termos e manifestem objetivamente sua adesão ao propósito coletivo de delinquir em conjunto e por um certo espaço de tempo. (LEAL, 2010, p. 8)

Assim sendo, o delito de Associação só se tipifica restando comprovadas a constância, permanência e a aspiração comum dos agentes, evidenciado pelo *animus* de agir. Não há sentido em edificar a reunião ocasional de indivíduos para a prática de um crime à infração penal autônoma.

Cumprido salientar que o crime de Associação para o Tráfico por ser considerado autônomo, em nada se confunde com os crimes praticados pela associação ou pelos indivíduos que a compõe. Porém, nada impede que haja a ocorrência de concurso entre esses e outros delitos, pois atualmente inexistem causas de aumento em decorrência do concurso de pessoas.

Havia certa discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o crime de Associação para Tráfico de Drogas ser igualado ao dos crimes hediondos, e inclusive submeter-se as mesmas sanções penais e processuais previstas na Lei 8.072/1990. Apesar de ter havido incertezas *a priori*, a jurisprudência manifestou-se sobre o assunto firmando entendimento de que o delito de Associação para o Tráfico de Drogas não se equipara aos crimes hediondos. Dessa forma a Lei 11.343/2006 prevê:

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

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

No que tange ao parágrafo único foram estipuladas as mesmas espécies da Lei dos Crimes Hediondos, principalmente no que se refere ao livramento condicional. Como podemos observar, a sanção aplicada pela Lei 11.343/2006 é mais danosa que a da Lei 8.072/1990, não havendo mais qualquer sentido as discussões referentes a hediondez do crime de Associação para o Tráfico de drogas.

Nesse sentido, salienta-se o posicionamento defendido acerca da inconstitucionalidade contida nas vedações da Lei dos Crimes Hediondos na aplicação ao crime de Associação ao Tráfico. Isso por que a Constituição Federal/88 trata somente os crimes de Tráfico de Entorpecentes e Drogas afins como tal, em nada mencionando sobre o delito de Associação, vergastando o princípio da proporcionalidade das penas cominadas.

Já adotada no texto da LCH, muitas destas vedações não têm sido observadas pelos tribunais, no julgamento de casos concretos. Com fundamento nos princípios constitucionais penais maiores da dignidade da pessoa humana, da humanidade e da individualização da pena e da presunção de inocência, nossos tribunais têm concedido, com certa frequência e contrariando o comando expresso da norma, alguns destes benefícios a condenados por crime hediondo. Portanto, a persistir tal posicionamento hermenêutico - e não há razão nenhuma para reversão desta posição - esta nova norma proibitiva sofrerá exceções ainda em maior número. Afinal, o que é aplicável para beneficiar o autor de crime mais grave, também o será, e com maior razão, para o autor de crime menos grave. (LEAL, 2010, p. 9).

Portanto, como pode-se perceber, é evidente a desproporção contida ao atribuímos o mesmo tratamento punitivo ao agente que cometeu o delito de Associação ao Tráfico aos que estão previstos como hediondos. A equiparação de condutas tipicamente diferentes, não só se torna desproporcional, como também, ofende o princípio da proporcionalidade. Outrossim, abarrotamento das prisões e a situação degradante em que se encontra a população que lá se insere, reflete o retrocesso em termos de Política Criminal, atribuída pela Lei Antidrogas, essa que tornou-se mais severa em termos de sanção, porém, menos efetiva em seus resultados.

Referente ao alcance da norma na associação criminosa, principalmente quando seu objetivo é o financiamento do tráfico, o legislador ao elaborar o dispositivo atribuiu uma diferenciação entre as condutas de Associação para o Financiamento do Tráfico e a que está descrita no *caput* do artigo, como podemos perceber:

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. (Grifo nosso).

Dessa forma, a pena é cominada para o indivíduo no caso de Associação “para a prática reiterada do crime definido no art. 36”, previsto no parágrafo primeiro, exigindo para tanto a estabilidade e a continuidade da Associação. Em contrapartida, a descrição prevista no *caput* do artigo 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, ” possui uma atribuição básica à associação criminosa, punindo apenas a quem associa-se de forma reiterada ou não, ao comércio ilegal de

drogas. Nesse caso, bastaria a simples reunião casual e incerta dos agentes. Assim, como pode-se perceber, houve nítida intenção do legislador ao diferenciar as condutas acima descritas.

Para Leal (2010) não haveria a necessidade de se incriminar um tipo de associação que possui como objetivo a prática específica de financiar ou custear o tráfico, pois se com o advento na Lei Antidrogas atribuiu-se autonomia ao delito, seria suficiente que a lei referenciasse a conduta ao art. 36, como foi feito com os arts. 33 e 34. Dessa forma, haveria uma melhor objetividade e sistematização da lei.

No que diz respeito ao Financiamento do Tráfico de Drogas, esta foi uma das maiores inovações trazidas pela Lei 11.343/2006, pois na Lei 6.368/1976 não houve a preocupação em reprimir a conduta do agente que praticasse o financiamento ou custeasse o Tráfico de Drogas. Assim:

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.

O legislador ao elaborar a norma teve como intenção punir de forma mais rigorosa o tipo penal inserido no dispositivo. Inclusive se pode perceber que a penalidade aplicada chega a ser a mais gravosa de toda Lei de Entorpecentes, que prevê uma pena de 8 a 20 anos de reclusão, maior que a do homicídio doloso.

O principal objetivo em sua elaboração foi de abranger as condutas praticadas por indivíduos que investem financeiramente seus recursos em atividades que possuem como finalidade a mercancia e a produção de entorpecentes. Essa conduta pode ser tranquilamente combinada com as previstas no art. 33 da Lei 11.343/2006, pois quem financia ou custeia a prática do tráfico, não deixa de contribuir de forma decisiva para a recorrência do crime.

Outrossim, pouco importa se o agente financia a compra de pequena ou grande quantidade de droga, visto que a sua conduta já encontra respaldo no art. 36. Não se exige do tipo o lucro com o financiamento, tão pouco que haja a intenção disso. Basta que o agente tenha como desígnio investir recursos para a prática da atividade delitiva. Pouco importa se a operação custeada pelo agente se perfectibilizou ou não, pois a configuração do tipo previsto no art. 36 já se configurou pelo simples fato de

haver disponibilidade de recursos com a finalidade de praticar os crimes do art. 33 da referida lei.

Quanto às causas de aumento previstas art. 40, VII de um sexto a dois terços, essas se aplicam toda vez que “o agente financiar ou custear a prática do crime”. Quanto ao art. 36, cuja conduta incriminada abrange o financiamento ou o custeio do Tráfico de Drogas existe certo conflito. Segundo previsão, essas se aplicam as modalidades previstas nos art. 33 a 37. Criticando essa previsão, Arruda (2007) faz a seguinte observação:

[...] Chega-se a surreal constatação de que estará sujeito a uma majoração de pena o agente que financiar ou custear a prática do crime previsto no artigo 36 (financiamento do tráfico)! Constata-se, portanto, que houve aqui um erro crasso do legislador. Como dar máxima efetividade à(s) norma(s) diante desse quadro? Uma interpretação possível é a de que o artigo 36 abrange o financiamento dos crimes previsto nos artigos 33, caput e §1º, e 34, enquanto a causa de aumento aplicar-se-ia aos demais tipos dos artigos 33 a 37 da Lei. Tal exegese, contudo, é bastante frágil, pois a maior parte das condutas relevantes e passíveis de financiamento é justamente a dos artigos 33 e 34 da Lei. (ARRUDA, 2007, p. 82).

Para o autor, não haveria a possibilidade de majorar a pena e ao mesmo tempo, enquadrar o agente na conduta prevista no art. 36. A solução estaria na aplicação independente do previsto no art. 36, preterindo a previsão fundada no art. 40, em que comina a pena de um sexto a dois terços. Tal argumento se deve ao fato de já existir previsão suficientemente grave para quem é abrangido pela conduta de financiar e custear o Tráfico de Drogas. Majorar conduta já prevista acarretaria em *non bis in idem*.

1.3 Criminalização x Descriminalização do Consumo de Drogas

Para Carvalho (2010) a tentativa de reconstruir qualquer versão histórica se torna, por si só, imotivada, pois a mesma não é guiada por preceitos lógicos, submetendo-se mais aos anseios dos indivíduos, do que aos regramentos e as normas positivadas. Quanto ao que diz respeito às políticas criminais não seria diferente em virtude das constantes reformulações teóricas que surgem a todo instante. Dessa forma, não se procura depreender o processo de criminalização das drogas com base na formação moral-social existente, apesar de ser ela a responsável pela penalização das condutas referentes à drogadição.

Para o autor os fundamentos que compõem o processo de criminalização surgem em virtude da realidade social em que todos estão inseridos. Considerar esses elementos, por si só, não bastariam para alicerçar os discursos criminalizadores, pois estes nos permitiriam uma visão meramente subjetiva, parcial e equivocada dos mesmos. Portanto:

[...] não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente a sua interpretação, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado. Por isto, em determinado sentido, o comportamento é indiferente em relação às reações possíveis, na medida em que é interpretação que decide o que é qualificado desviante e o que não é. [...] para desencadear a reação social, o comportamento deve ser capaz de perturbar a percepção habitual [...], ou seja, que suscita, entre as pessoas implicadas, indignação moral, embaraço, irritação, sentimento de culpa e outros sentimentos análogos. (BARATTA, 2002, p. 94-95).

A proibição do uso das drogas no Brasil é assunto recente. Por volta do século XX os EUA exerceram forte influência por meio de suas ações proibitivas às drogas, tornando-se inclusive exemplo a ser seguido por muitos outros países do mundo (em pensar que aproximadamente no século XIX no mesmo país era possível obter cocaína e suas variações de forma acessível em qualquer farmácia de esquina...), foi então, a partir do século XX protagonizou o papel pioneiro no combate às drogas, principalmente após a Guerra de 1861 a 1865.

Neste período, instituições religiosas com o objetivo de fazer pressão no governo americano exigiam ações de combate não somente sobre a venda como também no consumo de drogas psicoativas, incluindo o álcool. É neste momento que começam a surgir as correntes proibicionistas que irão mais tarde influenciar o resto do mundo com suas ideologias baseadas na tradição religiosa da época, especialmente o Calvinismo, e a criminalizar pequenas minorias.

A proibição da comercialização e do consumo de entorpecentes no Brasil se deu a partir da República, diferentemente do Brasil-império de 1830 que nada mencionava a respeito da criminalização da conduta. Deste modo, a política de criminalização de drogas no ordenamento brasileiro manifestou-se somente a partir da década de 40. Contudo, na década de 50 houveram discussões pautadas na necessidade da gestão repressiva sobre o tratamento dado as drogas ilegais, mas, a sua inserção definitiva em face ao cenário internacional se deu após a implementação da Ditadura Militar.

Não se pode deixar de mencionar a influência da imprensa, a qual desempenhou importante papel na divulgação da ideia de repressão ao demasiado uso de drogas, que até então eram utilizadas somente pelas classes elitizadas. Conseqüentemente, houve o surgimento de correntes que criminalizavam o uso e que mais tarde seriam utilizadas como parâmetro na elaboração das políticas públicas de proibição, que nos dias de hoje ainda influenciam nosso ordenamento.

Dito isto, atualmente percebe-se que a comercialização da droga gira em torno da satisfação de uma necessidade humana, independentemente dos padrões morais e legais impostos pelo contexto social. O discurso demonizado das drogas conjuntamente com as políticas de proibição aplicadas pelo Estado em nada surte efeito, pois os entorpecentes nunca deixaram e talvez nunca deixem de existir e tão pouco se reduzirá o seu consumo, traduzindo-se assim em um efeito rebote: por ser proibido, se torna mais lucrativo.

A droga como produto desenvolve um papel social e cultural na história da humanidade, extrapolando épocas e tempos. Entretanto, historicamente, a droga, que poderia ser reconhecida apenas como um produto advindo de métodos naturais e/ou artesanais, com valor de uso particularizado, ganha novas significações na sociedade burguesa, transformando-a em droga-mercadoria, passando a ter, portanto, valor de troca.

[...]

Nesse contexto, as drogas (proibidas ou não) são mercantilizadas, produzidas e distribuídas a partir das relações estabelecidas no modo de produção capitalista. A produção em larga escala, modificada técnica e cientificamente, explora mais-valia do trabalho humano, tornando-se um lucrativo negócio. Estabelece-se, dessa maneira, uma forma particular de trabalho, o qual se materializa na produção, distribuição e venda da droga-mercadoria. Ressaltamos, portanto, que há uma imensa diferença no entendimento histórico da droga-produto, que possuía apenas valor de uso, em relação a droga-mercadoria, que possui, antes de tudo, valor de troca. É essencial considerarmos que a droga-mercadoria só ganha status de mercadoria na sociedade burguesa por ser um objeto suscetível à mercantilização, que de uma maneira ou outra satisfaz necessidades de alguns sujeitos, ou seja, aqueles capazes de pagar um preço por ela. (ROCHA, 2013, p. 567).

A intenção desse posicionamento não é defender a legalização da droga e tão pouco incentivar o seu consumo, mas sim chamar a atenção para as políticas estratégicas que têm sido adotadas pelo Estado ao longo do tempo, e que conseqüentemente, não obtiveram êxito algum, ao contrário, o que se vê é um aumento desenfreado de prisões realizadas em virtude da criminalização não somente de um número elevado de jovens, como também, de menos favorecidos socialmente

(em sua maioria) pela prática do comércio ilícito de entorpecentes. Dessa forma, imperioso demonstrar a diferença existente entre legalização e a descriminalização das condutas de uso:

Descriminalização significa retirar o status de crime de determinadas ações. Isso significa que certos atos deixam de se constituir ofensas criminais. Em relação às drogas, a descriminalização se refere à demanda (os atos de comprar, possuir e consumir). A descriminalização, entretanto, não torna esses atos legais. Eles deixam de ser ofensas criminais, mas continuam sujeitos a sanções administrativas, como multas, suspensão da licença para dirigir ou trabalhos comunitários.

[..]

Já a legalização é um processo que traz para o controle da lei uma atividade específica anteriormente ilegal ou proibida. No campo das drogas, a legalização significaria que a produção, a venda para uso não-médico, a posse e o consumo seriam reguladas pelo Estado, tornando-se legais como as atividades relacionadas ao álcool e ao tabaco. Mesmo assim, ainda existiriam controles e medidas judiciais a serem aplicadas. Do ponto de vista jurídico, qualquer forma de legalização é contrária às três convenções das Nações Unidas sobre drogas, das quais o Brasil é signatário. Essas convenções limitam o uso de narcóticos e outras substâncias psicotrópicas a propósitos médicos e científicos, mas a posse, mesmo para uso pessoal, tem que ser considerada ilegal quando não autorizada explicitamente pela legislação local. (SOUZA e REIS, 2007, p. 01).

Diante dessas explicações, pode-se perceber a discrepância existente entre esses dois verbos que são facilmente confundidos e disseminados por muitos, que acreditam que descriminalizar a conduta de uso da droga induz a legalização e, conseqüentemente ao incentivo do consumo. Assim, percebe-se que a formulação de teses proibicionistas alicerçadas em ideologias movidas por um clamor social, não só criminalizam ainda mais esses comportamentos, como também exercem através do Estado o controle sobre as pessoas, transformando o discurso de combate às drogas em um enalço das classes menos favorecidas, por meio de ações violentas como as que presenciamos todos os dias em bairros e periferias das cidades.

Como já mencionado anteriormente, a mídia não só desempenhou como ainda desempenha um importante papel na estigmatização dos indivíduos que vivem à beira da marginalização. O processo seletivo do Tráfico de Drogas se dá principalmente em relação ao jovem e mais ainda se ele for pobre, evidenciando a violência produzida em virtude, não só, da comercialização da droga, como também do consumo. Nesse sentido:

[...] a grande mídia compromete-se com a produção da imagem demonizada do traficante e do usuário através da superexposição e da superexploração de episódios de violência vinculados ao uso e tráfico de drogas – filhos que matam os pais sob uso de drogas, conflitos entre traficantes e policiais, inclusive ocasionando grande número de vítimas, muitas vezes, não diretamente envolvidas com o tráfico, etc. – produzindo na população sentimentos de indignação e medo que leva a demandar políticas públicas extensivas de segurança e punição (vide o apoio de parte significativa da população à política de “tolerância zero”, à criação de milícias, aos caveirões, além dos recentes debates sobre pena de morte e redução da maioria penal). (VIANA e NEVES, 2011, p.36).

Depreende-se dessas observações que a divergência estabelecida entre o Estado e o Tráfico de Drogas (situado principalmente nas periferias das cidades), não somente geram políticas repressoras violentas, que se justificam em prol da segurança pública, como também surtem efeitos sobre população como um todo, pois há uma desnecessária exposição aos riscos de morte nas operações realizadas por milícias, e todo esse processo se dá com o apoio, inclusive, da opinião pública.

A morte ocasional de pessoas que em nada se relacionam com o tráfico não deveria se justificar em prol de uma política repressiva fracassada, já que os que deveriam ser verdadeiramente afetados não o são. Dessa maneira, abre-se espaço para prática de atos arbitrários, como é o caso de perseguição de determinados grupos sociais. O que está em jogo não é o cumprimento estrito da lei e sim comportamento dos que representam o Estado nesse momento, pois o juízo equivocado de valor atribuído por estes as diferentes classes sociais é que condiciona a prática reiterada de atos ilegais.

Quanto às políticas de descriminalização do uso das drogas, não se pode deixar de mencionar o universo social que abrange a conduta. As políticas públicas nascem de uma necessidade social em resolver os problemas que derivam não somente do comércio ilegal da droga, como também do consumo desenfreado que se estabelece e com o tempo passam a atingir a sociedade como um todo.

O Estado na tentativa de “resolver” o problema transita cautelosamente entre as ações que possuem como objetivo a punição da conduta por meio de sanções previstas no direito penal e o tratamento do usuário patológico. Diante deste cenário, as políticas públicas atuais em face dos problemas sociais causados não só pelo uso excessivo das drogas, como pelo tráfico em si, em nada surtiram/surtem efeito, pois o problema não só subsiste como também se agrava cada vez mais, atestando a incapacidade do Estado frente as suas tentativas de resolução do problema.

Para Nascimento (2005) para que uma política pública se estabeleça de forma efetiva, é preciso que haja uma filosofia que norteie as suas ações. Nesse contexto, pode-se considerar duas situações: a de o usuário ser visto como um criminoso, representando um risco à sociedade ou de atribuir um tratamento patológico a conduta, pouco importando se a droga consumida por ele é ou não proibida ou aceita socialmente. Segundo o autor, o objetivo é criar uma diferenciação entre o ser criminoso e o ser doente, porém, independente da filosofia adotada, estima-se o mesmo fim: o de punir a conduta. A diferença de uma filosofia para a outra está nos fundamentos utilizados por cada uma delas. No caso de ser criminoso, as consequências das ações de sua conduta serão pautadas na punição por meio do sistema penal, através da prisão e outras medidas advindas do sistema. No caso de ser doente, a ação se desenvolve a partir do modelo médico, cujas ações são direcionadas as condutas de consumo.

2. CAPÍTULO II - TRATAMENTO PENAL DESTINADO AO TRAFICANTE E AO USUÁRIO

No capítulo a seguir, abordar-se-á aspectos acerca do art. 28 da Lei 11.343/2006, exaltando a diferenciação de condutas no porte de consumo pessoal. Também, será levado em consideração as teses sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade do crime em comento. Por fim, serão apresentadas as medidas referentes a sanção e tratamentos terapêuticos previstos em lei aplicados aos usuários de drogas.

2.1 Art. 28 da lei 11.343/2006: aspectos relevantes da diferenciação das condutas de “porte de droga para consumo pessoal”

A problemática em torno do consumo de drogas surgiu por volta do século XIX, quando o Estado e, de forma generalizada, a sociedade viram as consequências do consumo exacerbado de substâncias entorpecentes tornarem-se problemas sociais. Tal prospecto se deve ao fato não somente moral e religioso atribuído à causa, como também, o caráter político-social e econômico.

Não obstante, o consumo de substâncias psicoativas passou a ser usado desde os primórdios da sociedade, porém, pode-se dizer que recentemente é que houve uma preocupação de combater o consumo em escala mundial, por meio da repressão imposta pelos Estados que não legalizaram/regularam seu consumo. Dessa forma pode-se dizer que:

[..] em todas as sociedades sempre existiram drogas, utilizadas com fins religiosos ou culturais, curativos, relaxantes ou simplesmente prazerosos. Graças às suas propriedades farmacológicas, certas substâncias naturais propiciam modificações das sensações do humor e das percepções. Na verdade, o homem desde sempre tenta modificar suas percepções e sensações, bem como a relação consigo mesmo e com seus meios naturais e sociais. Recorrer a drogas psicoativas representa uma das inúmeras maneiras de atingir este objetivo, presente na história de todos os povos, no mundo inteiro. Antigamente, tais usos eram determinados pelos costumes e hábitos sociais, e ajudaram a integrar pessoas na comunidade, através de cerimônias coletivas, rituais e festas. Nessas circunstâncias consumir drogas não representava perigo para a comunidade, pois estava sob o seu controle. Posteriormente, as drogas passaram a ter outra conotação, devido ao desregulamento destes costumes, em consequências das grandes mudanças sociais e econômicas. (BUCHER, 1994, p. 10 *apud* SOUZA e BERSAN, 2013, p. 01).

No Brasil, a preocupação com relação ao combate das drogas se deu somente ao final do século XIX. Com o advento das leis 5.726/71 e 6.368/76 surgiu a necessidade de se discutir uma consciência voltada ao combate do uso de tóxicos. Conseqüentemente, houve a aprovação da lei 10.409/2002, que teve como objetivo a substituição da 6.368/76. No entanto, ambas continuaram vigendo paralelamente, o que ocasionou muitos conflitos na forma de interpretação dos dispositivos. Após várias críticas sofridas por parte da doutrina principalmente, a regulamentação referente aos tipos penais, sofreu revogação e passou a vigor inteiramente a Lei 6.368/76.

Como pode-se observar, a preocupação no combate das drogas se deu de forma tão fervorosa no Brasil que a Constituição Federal/88 em especial no art. 243, parágrafo único, com o intuito de não só reprimir, como também evitar a dispersão do tráfico e do consumo, censurou a conduta que visava as culturas ilegais de plantas psicotrópicas, reafirmando a sua reprovação quanto a prática de qualquer ato que possua relação com as drogas. Dessa forma, independente da conduta praticada, que tenha como principal escopo as drogas, estará em desacordo com o que prevê a lei e conseqüentemente, sofrerá a sanção Estatal.

Após muitas discussões em torno do assunto surgiu a Lei 11.343/2006, em que perceber-se uma das maiores inovações referente a diferenciação das condutas praticadas por traficantes, cuja pena prevista se dá de forma mais severa, e usuários de drogas, em que a sanção se resume a restrição de direitos, não sendo mais possível (teoricamente) a prisão ou detenção dos mesmos. Em contrapartida, a criminalização da posse para consumo surgiu com o advento da Lei 6.368/76, ou seja, anterior a Lei 11.343/06.

A Lei 11.343/06 retificou o dispositivo referente a incriminação da conduta, realizando a conversão das penas privativas de liberdade e multa em medidas educativas como: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Tais medidas podem ser consideradas como uma inovação do Sistema Penal. Assim dispõem:

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; (grifo nosso).**
- II - prestação de serviços à comunidade; (grifo nosso).**

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (Grifo nosso).

[...]

A “advertência sobre os efeitos das drogas” possui um caráter mais preventivo do que sancionatório ao agente, pois visa aconselhar o usuário da droga, de forma que ele não torne mais a usá-la. Já a “prestação de serviços a comunidade” pode ser considerada uma das sanções mais rígidas impostas aos indivíduos enquadrados na conduta prevista do art. 28, pois é uma medida que restringe o direito dos agentes e é aplicada como forma substitutiva das penas privativas de liberdade. Quanto à “medida educativa de comparecimento a programa ou curso”, possui como principal objetivo a reinserção social do indivíduo, possuindo certa semelhança com a disposta no inciso I. Também, aplica-se aos casos em que a previsão do inciso I se mostrar ineficiente ou em casos considerados mais graves.

No tocante ao §1º, apesar da semelhança existente entre o *caput* do artigo 28, o legislador instituiu um novo tipo penal. Além disso, objetivou a retificação e o preenchimento de lacunas da antiga lei, como pode-se observar:

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:

[...]

§ 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. (Grifo nosso).

O art. 12 da Lei 6.368/76, especialmente em seu §1º, inciso II, igualava a conduta de quem semeava, cultivava ou colhia “plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica” ao Tráfico de Drogas. Nesse sentido, Arruda (2007) aborda que dessa previsão surgiu o “enquadramento da ação praticada pelo agente que cultivava, por exemplo, pequena muda de maconha para uso próprio”, pois ao analisar a conduta praticada com o que estava previsto na lei, era possível atribuir o tipo ao tráfico, visto que o art. 16 não previa as condutas de “semear” ou “cultivar”.

Dessa maneira, para o autor era possível presenciar prisões infundadas, “pois se desprezava a finalidade da ação em detrimento da forma como o ilícito era

praticado” (ARRUDA, 2007, p.27). Ainda que o agente justificasse ser para seu uso a droga, o mesmo não era beneficiado com as prescrições do art. 16, sendo sua conduta enquadrada no art. 12, que era considerado à época, como crime hediondo. Atualmente, tal entendimento encontra-se ultrapassado, visto que cultivar a planta para consumo pessoal, via de regra, equipara-se ao delito previsto no art. 28 e não mais ao tráfico, desde que as quantidades supram a necessidade do agente. Neste diapasão, em nada adianta o infrator alegar possuir vários pés de maconha para seu consumo, pois descaracterizaria as premissas contidas no art. 28, §1º por total ausência dos requisitos exigidos.

Mendonça e Carvalho (2012) mencionam a justificativa do Senado ao Projeto de Lei 115, atualmente vigendo por meio da Lei 11.343/06, em que o legislador ao elaborar o dispositivo que prevê a diferenciação de condutas, principalmente quanto ao usuário, acertadamente afastou a pena de prisão, visto que a mesma se torna injusta, pois não se deve tratar um dependente químico da mesma forma que um delinquente. Também, assim como existem outras formas de dependência química, como álcool e o tabaco, o tratamento não deve ser criminal para esse tipo de problema, por dois motivos: primeiro, porque incentivaríamos um sistema corruptivo, pois as prisões efetuadas em flagrante a usuários tenderiam a corrupção de policiais pela pequena quantidade empossada. Segundo, porque isso se tornaria um transtorno para o sistema carcerário em virtude da superlotação de presídios, como demonstrasse em nossa realidade atual.

Segundo o autor, é preciso que haja a caracterização do elemento subjetivo do tipo, qual seja o consumo pessoal, para haver o enquadramento na conduta. Para isso, o juiz irá se basear nos elementos contidos no art. 28, §2º, ou seja, na natureza e na quantidade em que se encontrava o agente no momento da prisão, bem como o local e as condições em que a ação foi desenvolvida. Ainda, a situação pessoal e social, a conduta e se o mesmo possui antecedentes. Presentes esses elementos, o juiz decidirá o enquadramento da conduta do agente no artigo em comento ou das previstas no art. 33 e ss da referida lei, conforme mencionado no capítulo anterior. Assim:

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:

[...]

§ 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. (Grifo nosso).

Para Arruda (2007) os operadores do direito costumam dar bastante importância quanto a esse critério, pois é a partir dele que enquadra-se a conduta do agente no crime de Tráfico de Drogas ou não. Segundo ele, “a quantidade da substância apreendida, considerada isoladamente, pode induzir a um falso enquadramento da conduta”, pois nada impede que o indivíduo porte pequena quantidade de maconha, por exemplo, em um local que seja visivelmente utilizado como ponto de tráfico, guardando um considerável volume de dinheiro. Nesse caso, sua conduta será notoriamente de um traficante. Entretanto, se um usuário portando uma quantidade considerável da substância para seu consumo resolve fazer uma viagem passando alguns dias longe de casa, não necessariamente estará configurado o delito em questão.

Como se pode observar, segundo assevera o autor, nem sempre a quantidade está atrelada a configuração do Tráfico de Drogas, uma vez que nem sempre “apreensões pequenas sempre configuram delito associado ao uso e apreensões maiores sempre configuram delito de tráfico”, sendo o critério da quantidade frágil e de um potencial lesivo alto para o autor do delito, pois não se demonstra uma resolução de conflito justa. Assim, revela-se de suma importância, também, observar a forma como a droga está embalada, pois observados os dois critérios em conjunto é possível concluir se a substância é destinada a mercancia ou ao consumo pessoal do agente.

O local e condições, como observado, também sugerem para a comercialização ou apontam com que frequência a conduta é realizada de forma a solucionar a dúvida acerca de estar ou não configurado o crime em comento (constituindo inclusive majoração da pena, conforme dispõe o art. 40, III da Lei 11.343/06). Já as condições em que se deram a ação denunciam a forma empregada pelo agente, somado as circunstâncias em que se deram o flagrante. Nesse caso, a presença de balanças e produtos químicos utilizados para o acondicionamento da droga, por exemplo, confirmam a situação de traficância.

Quanto à avaliação do comportamento em relação aos antecedentes criminais do agente existem posicionamentos contraditórios da questão, principalmente no que

tange aos critérios de imputação. Com o intuito de ilustrar essa afirmativa, Arruda (2007) defende a seguinte tese:

Cria-se, assim, uma rotulação perigosa dos indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente. Como se pode justificar que uma mesma conduta, se praticada por Pedro, já condenado por tráfico, seja enquadrada no tipo penal do art. 33, enquanto Paulo, primário e de bons antecedentes, imputa-se o delito associado ao uso? Cremos, mesmo, ser de constitucionalidade duvidosa essa disposição. O legislador erigiu aí verdadeira presunção de culpabilidade em nada compatível com o princípio inverso, da presunção de inocência. (ARRUDA, 2007, p. 31- 32).

Em contrapartida, Mendonça e Carvalho (2012), defendem o seguinte:

[...] o critério dos antecedentes pode ser sim utilizado como guia interpretativo, mas desde que seja confirmado pelos demais critérios indicados (local, circunstância da ação, modo de acondicionamento etc.). Realmente, solitariamente, não seria possível diferenciar o usuário do traficante apenas com base em seus antecedentes, sob pena de retorno ao malfadado Direito Penal do autor. Mas em um caso em que o agente é encontrado com pequenas trouxas de cocaína, acondicionadas em invólucros plásticos e já possui condenações anteriores por tráfico, não há dúvidas que o passado criminoso do agente poderá ser considerado elemento de reforço ao intérprete na distinção entre o uso e tráfico. (MENDONÇA e CARVALHO, 2012, p. 56).

O acolhimento da teoria supracitada de certa forma impediria que o agente comprovasse que o porte da droga seria para uso pessoal, pois a visão do operador do direito estaria arraigada pelo vício da conduta praticada pelo agente no passado. Desse modo, deve-se ter cautela ao analisar o caso concreto para não atribuir uma falsa imputação ao agente, pois a atribuição ao crime de tráfico e ao crime de uso é dividida por uma linha tênue, pois nada impede que um ex-traficante esteja de porte da droga para seu consumo, em nada tendo relação com a mercancia da droga.

A nova Lei de Drogas trouxe mais uma inovação no que concerne aos verbos nucleares, trazendo a disposição referente ao depósito e transporte, cuja previsão era ausente na Lei 6.368/1976, que fazia menção somente a quem adquirir, guardar e trazer consigo, conforme dispunha:

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 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

Dessa maneira, apesar da inclusão de mais duas condutas típicas, (perfazendo um total de cinco verbos nucleares) não há mais a diferenciação entre o agente ter em depósito e guardar como anteriormente era feito pelos doutrinadores. Isso se deve ao fato da exigência do elemento subjetivo que deve estar presente, ou seja, a destinação da droga deve ser para o consumo pessoal do agente. Assim, conforme preceitua Bianchini [*et. al*], se estaria “diante de um tipo incongruente ou incongruente assimétrico (que é o que exige além do dolo uma especial intenção do infrator)”. Caso contrário, inexistindo o *animus* do agente em consumir a droga ou sendo ela para destinada a terceiros, haverá o deslocamento do tipo do art. 28 para o art. 33 da lei em comento.

Neste contexto, Mendonça e Carvalho (2012) exemplificam a conduta de um indivíduo que retém a droga para o consumo de terceiro em seu nome. O agente não pratica a conduta prevista no art. 28, e sim a prevista do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois não é para seu consumo. Na mesma pena incorre quem compra para terceiro consumir, não sendo possível a sua penalização como partícipe do crime previsto no art. 28. Assim, não obstante serem acrescidos mais dois verbos na descrição do artigo, não houve grandes mudanças quanto à incriminação do agente em relação à lei anterior, pois de certa forma essas condutas encontravam-se acolhidas pela previsão do art. 16 da Lei 6.368/76. Quanto à conduta “usar”, expressa-se o seguinte posicionamento:

O fato será atípico se praticado de acordo com a lei e regulamento que regerem a matéria das drogas no país, como é traduzido pelo próprio tipo legal, através de seus elementos normativos; mas também, haverá atipicidade conglobante, se a correlação da proibição em tela não resistir ao contexto da ordem normativo como um todo. Essa perspectiva cria forte argumento em favor da tese da impossibilidade de criminalização das condutas ligadas ao uso próprio, em consideração ao direito à liberdade de expressão, pensamento e inviolabilidade à intimidade e a vida privada, trazidos na Constituição Federal – art. 5º., incisos IV, IX e X. (SILVA, 2008, p. 137 *apud* BIANCHINI, 2014; GOMES, 2014; CUNHA, 2014 e OLIVEIRA, 2014, p. 168).

Portanto, o uso da droga enseja em fato atípico, pois a sua configuração é absorvida pelos verbos “adquirir” e “trazer consigo”. Em contrapartida, o fato de o agente “adquirir” ou “trazer consigo” a droga não pressupõe, necessariamente, o seu uso. Dessa forma, o autor entende não ter havido “alteração substantiva nos verbos-núcleo utilizados” prevalecendo o entendimento da atipicidade no que tange a conduta do uso. Por isso, chama “o delito previsto no art. 28 de porte de droga para consumo

pessoal e não simplesmente de uso de drogas”. (MENDONÇA e CARVALHO, 2012, p. 60).

A descoberta a despeito de a droga ser ou não para o consumo pessoal do indivíduo nem sempre é uma tarefa fácil. Dessa maneira, a Lei 11.343/06 previu alguns parâmetros para distinguir as condutas incriminadoras do agente. Um deles é retratado pelo objeto material da infração, ou seja, a Droga. Na ausência dela no momento da prisão do agente, não há como atribuir materialidade ao crime, restando como alternativa a sua absolvição.

Ainda, cumpre salientar, conforme autores supramencionados, que a conduta prevista no art. 28 somente será típica se a droga estiver “sem autorização” ou em “desacordo com a determinação legal ou regulamentar”, sendo essa atribuição feita pelo juiz. No entanto, “se a conduta praticada é autorizada ou está em consonância com uma determinação legal ou regulamentar, não pode ser desaprovada (ou seja: não é típica) ”.

Também, citam alguns casos em que pessoas estão autorizadas a praticar os verbos previstos no artigo 28, como é o caso de dentistas e médicos, por exemplo. E mais: suscitam a teoria proposta por Zaffaroni, qual seja a tipicidade conglobante, que consiste na lógica de que uma norma que autoriza determinada conduta não pode ser proibida por outra. Dessa forma, configura-se a atipicidade da conduta praticada.

Cumpre repisar, como já mencionado anteriormente no *capítulo 1*, algumas considerações pertinentes quanto ao princípio da insignificância ou bagatela como também é conhecido. A sua aplicação no delito de porte de drogas para consumo pessoal costuma causar grandes divergências na doutrina e, também, na jurisprudência desde a Lei 6.368/76. A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal era no sentido da inviabilidade de reconhecer diante do crime de entorpecentes o princípio da bagatela, pois:

[...] a legislação pretérita, embora diferenciasse a conduta do usuário da ação do traficante, ainda trazia sanção de considerável monta, de até dois anos de detenção, para o mero usuário. O tratamento penalizante conferido ao usuário realmente ensejava reflexões sobre a desproporcionalidade entre a conduta de que porta pequena quantidade de drogas para uso imediato e a sanção de prisão. Daí boa parte da doutrina aduzir a aplicabilidade do princípio da insignificância a esse delito. (MENDONÇA e CARVALHO, 2012, p. 63).

Com o advento da Lei 11. 343/06 atribuiu-se nova interpretação ao dispositivo, abonando a justificativa supracitada e conferindo ao consumidor de drogas um tratamento mais apazível. Diante da retirada das penas privativas de liberdade e somadas com políticas públicas preventivas voltadas a reabilitação social do agente, revela-se a finalidade do art. 28 que, embora seja a de advertir a conduta, penaliza o indivíduo que se encontra de posse de pequena quantidade para seu consumo.

Neste diapasão Carvalho (2014) corrobora sobre o posicionamento adotado principalmente pela doutrina e jurisprudência, que considera o porte de drogas para consumo pessoal como conduta atípica, pois pela quantidade ínfima de entorpecente não haveria a possibilidade de causar dependência física/química e tão pouco, afrontar a saúde pública como bem jurídico. Apesar de esse entendimento encontrar-se pacificado principalmente na doutrina, é possível perceber certa tenacidade quanto à aplicação do princípio da bagatela aos casos de porte de droga para consumo pessoal nos Tribunais superiores “em decorrência da abstração do bem jurídico saúde pública, da negativa de assunção da saúde individual e da exclusão da análise da relevância e da potencialidade da droga em causar dependência física ou psíquica”.

Menciona ainda que não se pode deixar de analisar que a conduta praticada diz respeito a indivíduo envolvido diretamente na situação. Desmazelar-lo em prol do interesse coletivo ou não o reconhecer como pessoa capaz de assumir responsabilidades implica no cerceamento do espaço democrático capaz de expor qualquer debate. Portanto, para o autor deve-se questionar se o comportamento do indivíduo é potencialmente capaz de produzir ofensa ao bem jurídico e se a droga possui alto grau lesivo a ponto de causar dependência química/física, pois não sendo, configura-se a atipicidade da ação.

Cabe mencionar o engano cometido por alguns tribunais em assemelhar o princípio da insignificância com o delito de menor potencial ofensivo, confundindo a tipicidade material de ambos. Para o primeiro, Carvalho (2014) define que “a conduta sempre será ínfima na ofensa de bens de relevância social”. Para o segundo, “o bem jurídico é em si mesmo de menor valor; nas condutas insignificantes a conduta é de mínima relevância”. Nestes casos, por equívoco, deixa-se de aplicar as causas de exclusão por existir dispositivos penais alternativos contidos na Lei 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências), como a transação penal e suspensão condicional do processo, por serem

considerados de baixa lesão social atribuindo à referida lei a exaustão do princípio da bagatela ou insignificância.

2.2 (In) Constitucionalidade do crime de Porte para Consumo Pessoal

A disposição contida no art. 28 da Lei 11.343/06 costuma dividir a opinião de muitos doutrinadores, principalmente quanto a sua constitucionalidade. Nesse sentido, o principal argumento relativo a constitucionalidade do artigo é de que um direito individual não pode sobrepor-se a um direito coletivo, ou seja, de toda uma sociedade. Seria uma insensatez supor que um usuário de drogas causaria lesão apenas ao seu bem jurídico, sob o argumento de que estaria fazendo o mal apenas a si mesmo. Nesse caso, a sociedade como um todo sofre de forma direta com o seu consumo, pois como se pode perceber atualmente o consumo de drogas entre pessoas, principalmente nas ruas, passou a ser um problema não só de ordem social, como também de saúde pública. Neste diapasão:

Os princípios garantidores da intimidade e da vida privada não podem servir de salvo-conduto para a prática de infrações penais, evitando, com isso, a sensação de impunidade, bem como conferindo um caráter de prevenção geral, no sentido de compreender a punição do agente que, porta substância entorpecente, para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, como um instrumento de intimidação geral dos indivíduos que, diante da ameaça abstrata e concreta da imposição de pena, malgrado não seja privativa de liberdade, ficariam motivados a não transgredir a norma penal. (SOUZA e BERSAN, 2013, p. 3).

No mesmo sentido:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que a sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na fusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para a aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. (FILHO, *apud*, MENDONÇA e CARVALHO, 2012, p. 61).

Ademais, segundo suscitam os autores os toxicômanos representam um risco não somente social como também à saúde de outras pessoas, pois de acordo com estudos científicos, estes estão mais vulneráveis a propagação de doenças, não

somente pela via sanguínea, como também sexual por estarem mais expostos aos riscos de contágio por encontrarem-se, muitas vezes, inconscientes pelo uso da droga. Igualmente, não bastasse à lesão causada a si mesmo e a saúde pública, outros bens juridicamente tutelados costumam sofrer lesão, como por exemplo, as vítimas de assaltos e agressões, os problemas na estrutura familiar, a depredação do patrimônio público, a proliferação de doenças, entre outros, o que conseqüentemente acarreta grandes prejuízos econômicos ao Estado.

Não podemos deixar de mencionar a situação alarmante estabelecida nas periferias de muitas cidades no Brasil com a criação das conhecidas “cracolândias”, cuja formação se dá por indivíduos em situação de flagelo e compulsoriamente viciados em drogas altamente pesadas como o “crack”. Apesar de estarem em um estado muitas vezes de fissura da droga acabam cometendo crimes com a intenção de sustentarem o seu vício e mais: são utilizados como instrumentos de incentivo na difusão do tráfico nas regiões menos favorecidas socialmente, em que a violência e a ausência de Estado, são fatores determinantes para o crescimento desenfreado da marginalização principalmente entre jovens.

O uso e o fornecimento ilícito de drogas são condutas extremamente prejudiciais, não somente para a vida, saúde, integridade física e segurança dos cidadãos considerados individualmente, mas para toda a coletividade. Ora, seria um contrassenso enorme afirmar que estaria, aqui, incriminando-se uma autolesão, o que não condiz com o caráter fragmentário do Direito Penal, o qual se preocupa em proteger e salvaguardar os bens jurídicos de maior importância para a própria existência, conservação e o desenvolvimento da sociedade. Por oportuno, é necessário ressaltar que entender dessa forma é fazer uma interpretação literal e fria do texto legal. Com essa modalidade de interpretação, exclusivamente, não conseguimos descobrir a vontade da lei, de modo que se valêssemos dela, estaríamos permitindo que toda a coletividade fosse acometida dos enormes malefícios causados pelo uso de drogas. A realidade da sociedade brasileira seria um verdadeiro caos. (SOUZA e BERSAN, 2013, p. 3).

Em contrapartida, segundo alguns posicionamentos, o delito de porte de drogas para consumo pessoal estaria arraigado de inconstitucionalidade, por ferir a norma prevista no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, que prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O principal argumento dessa lógica punitiva estaria sustentado no perigo abstrato do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 e pelo bem jurídico saúde pública estar tutelado.

Os princípios que constituem o art. 5º da CF densificam ainda mais o discurso sobre a inconstitucionalidade do artigo em comento, pois pode-se perceber que a lesão causada ao princípio da igualdade se estabelece a partir do momento que distingue-se o tratamento penal de usuários de substâncias diferentes independentemente de serem elas lícitas e ilícitas, o que não faz a menor diferença, visto que não impedem o risco de dependência. Dessa forma percebe-se que a criminalização em torno da conduta praticada pelo agente é puramente moral!

Ademais, a previsão constitucional relativa à intimidade e a vida privada perfectibilizam a dissociação entre o que é direito e o que é moral. Nesse prospecto, Carvalho (2014) afirma que “nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforçam concepções morais”. Portanto, a autonomia que os indivíduos possuem para resolver situações decorrentes de seus atos está garantida constitucionalmente, ressalvados os casos em que haja dano ou representem algum risco aos bens jurídicos de terceiros, pois a partir daí justifica-se a intervenção penal de forma legítima.

Sopesando esses argumentos, permitem concluir que é possível a incriminação do indivíduo por posse de pequena quantidade de droga se levar em conta a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06. Para o autor supramencionado, inverter a ideologia da tutela sobrepondo o bem saúde pública à saúde de quem consome, nos levaria a crer que todo usuário é um traficante em potencial, justificando o modelo de direito penal do autor. Assim, é preciso direcionar o foco e estabelecer um limite, alicerçado nos direitos e garantias fundamentais, a fim de haja uma redução nos danos causados, principalmente ao usuário de pequena quantidade.

É fácil de ver que a desestabilização do sistema penal, nos seus princípios e na sua dogmática, equivale também a uma radical alteração dos princípios fundantes e dos princípios estruturantes do direito constitucional. [...] A pressão recai sobre as Constituições, obrigando-as a rever os respectivos textos, sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras. (CANOTILHO, 2008 *apud* FÉLIX, 2013, p. 02).

Em verdade, não se pretende com essas explanações punir o usuário penalmente pelas suas condutas de mero uso da droga, pois segundo Souza e Bersan (2013) não houve a tipificação da “conduta de fumar, usar ou, de um modo geral, consumir substância entorpecente”, ou seja, “a conduta típica não é, em si, a de

consumir droga, não se tratando, portanto, de incriminar alguém por autolesão”, salvo em casos de danos a integridade física e moral de outrem. Portanto, objetiva-se com o exposto avocar para o Estado a responsabilidade na manutenção das políticas públicas adotadas, que apesar de existirem em nada surtem/surtiram efeito, como forma de garantir a integridade não só física e moral desses dependentes, como também da população como um todo.

2.3 Medidas previstas para usuário de Drogas

De acordo com o regramento contido no §7º do art. 28 da Lei 11.343/06, o “juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. Segundo entendimento adotado por Brodbeck (2012), “a Lei de Drogas não tem caráter exclusivamente penal”, trata-se, pois, de medida extrapenal, não produzindo resultados para o condenado em casos de não cumprimento da medida imposta, e acrescenta:

Embora tomada por juiz criminal, a medida é imposta como um reforço à não-reincidência e como esperança de que o agente não mais venha a contribuir para a ação criminosa, retirando o usuário da vulnerabilidade que o tornaria dependente, facilitando a cura do próprio dependente, e, em ambos os casos, proporcionando que se corte a relação com o traficante, diminuindo a incidência delituosa. (BRODBECK, 2012, p. 79).

Apesar de existirem posicionamentos que tratam o seu descumprimento como crime de desobediência, o autor justifica que de acordo com o dispositivo não se trata de uma ordem expressa emanada do magistrado, mas sim de uma determinação dirigida ao infrator, cujo cumprimento é facultativo, ou seja, é manifestado por sua vontade. Dessa forma, o juiz deve somente disponibilizar o local de tratamento de saúde, porém não deve coagi-lo a cumprir a medida.

Da mesma forma, Mendonça (2012) afirma que o objetivo da nova Lei de Drogas é de não atribuir ao usuário pena que prive a sua liberdade. A admissão da punição pelo crime de desobediência estaria “por via transversa, afastando-se daquela finalidade de não impor o cárcere ao portador de droga” e acrescenta que “não se caracteriza quando há lei específica cominando sanção civil ou administrativa para conduta desidiosa e não faz ressalva expressa ao delito de desobediência”. Para

o autor, a Lei de Drogas possui sanções próprias, como é o caso da admoestação verbal e a multa sem fazer qualquer referência à norma contida no art. 330 do Código Penal, as quais são suficientes para advertir a conduta praticada pelo agente.

Cumpre destacar que há posicionamentos contrários ao que prevê a lei atualmente, adjetivando as medidas previstas no art. 28 como uma “excessiva tolerância”, pois a pena de prisão é absolutamente afastada, gerando uma ineficácia na aplicação das sanções previstas. Os argumentos despendidos dizem respeito não somente a analogia feita ao usuário como sendo um “financiador do tráfico”, como também o cunho social decorrente na ineficácia da aplicação, pois a ausência de quaisquer tipos de prisão (simples, detenção, reclusão), não garantem, sequer, a segurança da população e muito menos a aplicação das medidas, que possuem prazo prescricional. Nucci (2009) ilustra da seguinte forma:

Ao usuário de drogas, constringido a cumprir uma das penas previstas no art. 28, e negando-se a cumpri-las, será imposta uma multa, após submetê-lo à admoestação verbal. Ora, se tal usuário for economicamente hipossuficiente, não pagará a multa, eis que, não possuindo bens valiosos, se impedirá a execução forçada. De outra sorte, sendo o usuário opulento, não se incomodará em, na mesma situação, ser continuamente admoestado e forçado a pagar multas impostas: para ele, haverá sempre dinheiro para comprar drogas e para saldar as coimas. Em ambos os casos, o resultado será a reincidência sem a possibilidade concreta de ação do Estado na coibição do tipo criminoso. (NUCCI, 2009, p. 328-333).

Ora, se a intenção do legislador foi justamente “desafogar” o sistema prisional pelo excesso de indivíduos que lá se encontram hoje devido à larga prisão de agentes associados e praticantes do tráfico, (sem mencionarmos as prisões efetuadas por porte de pequena quantidade), corrigindo possíveis falhas da lei antiga, como pode se desenvolver crítica ao legislador ao atenuar o tratamento atribuído ao usuário? Correto que tais medidas devem ser aplicadas as condutas desse agente, até porque não deixou de ser crime, e da forma como são executadas se pode observar sua ineficácia, mas afirmar que a extinção da prisão a quem é mero usuário “é um dos mais graves equívocos” e que o legislador foi de certa forma “insuficiente” ao prever medidas de reeducação por meio de admoestação verbal e multa é um contrassenso.

Primeiro é porque se não houvesse a despenalização da conduta do usuário, não se teria mais, há muito tempo, como manter, por exemplo, a prisão de criminosos que representam um potencial de alto risco ofensivo à sociedade, em prol das prisões efetuadas a usuários de pequena quantidade de substância, ainda que essa prisão

não seja uma medida de longa permanência. Segundo, por que o Estado não possui meios de garantir a integridade física de todos que lá se encontram, onerando ainda mais os gastos, que poderiam ser revertidos em programas de prevenção e não em medidas de punição.

Em contrapartida, há falar na tão questionável “Justiça Terapêutica”, projeto elaborado pela Associação Nacional, o qual prevê sanções principalmente para jovens que praticaram as condutas contidas na Lei de Drogas, que tenham delinquido sob seu efeito ou para adquiri-las. Dessa forma, o projeto consiste em:

[...] um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados. (GIACOMINI, 2009, p. 01).

O principal objetivo do projeto é substituir as penas pelo tratamento na intenção de reduzir os números de prisões de pessoas que tenham envolvimento com as drogas. De acordo com os projetistas, a legislação aprovaria o tratamento de forma compulsória dos delitos cometidos sob a influência de drogas ilícitas.

Conforme se pode extrair das observações feitas a Lei 11.343/06 ao prever nova sanção em seu art. 28, III limitou a duração do tempo da pena, contrapondo a ideia principal do projeto transformando, segundo Carvalho (2014) “em medida de segurança atípica de tempo indeterminado” o tratamento coativo (transação penal/pena). Outrossim, o mesmo critica o risco que se corre ao aproximarmos pena e medida, pois “deixa aberto espaço para o aniquilamento do sujeito, transformando-o em objeto de intervenção criminológica”. Dessa forma:

Assinala-se, também, a implantação em nosso país da justiça terapêutica, nos moldes das cortes de drogas norte-americanas. Essa prática entende que os adolescentes envolvidos em algum delito, e que também fazem uso de drogas, são freqüentemente encaminhados pelo Juizado da Infância e Adolescência para tratamento das toxicomanias, mesmo sem haver motivação ou uma toxicomania em causa. Esse encaminhamento é resultado de um acordo legal que visa à substituição da pena pelo tratamento. (OLIVEIRA, WOLFF, CONTE, HENN, 2008, p. 607).

Constitui-se assim, uma ofensa aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente aos da intimidade e da vida privada, pois intervir na ausência da participação do indivíduo, não o deixando a par quanto à destinação e o objetivo do tratamento não estabelece um equilíbrio com as medidas de redução dos danos

causados à saúde coletiva, por não referenciar a vontade do indivíduo como primeiro passo a ser dado. A obrigatoriedade a submissão de terapia e exames laboratoriais para verificar o uso de drogas, somente evidenciam o caráter moralizador do projeto revelando posteriormente a sua ineficácia, por violar direitos e garantias individuais.

É de salutar importância nos casos em que defende-se a submissão do toxicômano ao tratamento coativo, impondo-lhe punição nos casos de descumprimento das medidas, diferenciar-se as figuras de usuário e dependente, pois consumir a droga em nada se aproxima com depender dela. Ao fundir-se esses dois conceitos, se estabelece um autoritarismo fundado em um possível perigo, porém não eminente à sociedade, como muitos defendem.

Nota-se, ao avaliar a estrutura ideológica e as funções não declaradas do programa, que o projeto Justiça Terapêutica não apenas retoma os modelos defensivistas que substituem penas por medidas de segurança, como reedita perspectiva sanitária na qual o usuário de drogas é visto invariavelmente como doente crônico, dotado do atributo periculosidade. Não obstante, ao vincular na mesma categoria usuários e dependentes, não estabelecendo as necessárias distinções, o programa estabelece pautas moralizadoras e normalizadoras próprias de modelos penais autoritários fundados no periculosismo. (CARVALHO, 2014, p. 401-402).

Também, ao implantarem-se tais medidas não se pode olvidar que nos casos de dependência crônica as reincidências de consumo são previsíveis, porém, podem resultar em punições mais severas devido as recaídas no consumo de drogas psicoativas do dependente. Nesse sentido, o projeto “Justiça Terapêutica” reforça a ideia de criminalização do usuário-dependente ao exigir medidas de cunho obrigatório, como terapias, exames toxicológicos, etc., e não descriminaliza a conduta, transformando a punição para a cura em um sofisma e subterfugando o tratamento para o problema causado a saúde coletiva.

3. CAPÍTULO III – POLÍTICAS CRIMINAIS DE REPRESSÃO ÀS DROGAS E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA 11.343/2006

O presente capítulo tem como objetivo a exposição das políticas criminais relativas ao Proibicionismo, que possui como principal escopo a repressão das condutas relacionadas ao usuário e o dependente, evidenciando os danos advindos dessa prática. Posteriormente, apresentar-se-á a Política Antiproibicionista, cuja finalidade baseia-se na prevenção e reinserção social dos indivíduos que estão em situação, principalmente, de dependência. Por fim, serão abordadas as inovações trazidas pela nova Lei de Drogas, apontando seus benefícios e alguns aspectos contundentes.

3.1 Política proibicionista: defesa social

Antes de adentrar nos aspectos referentes à Política Proibicionista, cumpre conceituar em que consistem, a fim de organizar nossa abordagem sobre o tema. Nesse sentido, preceitua o Karam (2007), que o proibicionismo pode ser percebido:

[...] como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros. (KARAM, 2007, p. 181).

Seu principal objetivo, segundo Carvalho (2014), é reger os Estados quanto às condutas adotadas na idealização da Política Criminal de Drogas, superando, muitas vezes, as convenções e as legislações vigentes. Também, atribuiu uma nova forma de tratamento relativo ao uso de substâncias psicoativas ao prever padrões, estabelecendo um paradigma decisivo quanto ao consumo de drogas. Dessa maneira, sua finalidade consiste no o estabelecimento do controle social de toxicômanos e usuários de drogas, priorizando a formação de uma estrutura repressiva de combate à criminalidade social, atribuindo a Ideologia da Defesa Social um caráter elementar e estruturante.

Neste interim, a Defesa Social surge como argumento ideológico plausível no combate as drogas, pois expõe uma constante guerra entre o bem e o mal e que somada às ações das agências de punitividade nutrem de forma seleta um sistema repressivo, dificultando as práticas políticas que possuem como preocupação a defesa dos valores que estão previstos constitucionalmente. Em que pese, essas agências, cuja responsabilidade é intervir e aplicar a lei, submetem os preceitos constitucionais (referentes à liberdade individual dos indivíduos, principalmente no que tange à diversidade) a conceituações únicas, quando na verdade se está diante de acontecimentos que destacam-se pelas suas diferenciações.

Malgrado a Defesa Social e a Ideologia da Defesa Social compartilhem de ideias semelhantes, ambas se diferem quanto a sua função. Segundo Carvalho (2014), enquanto aquela cria ações políticas-criminais com o intuito de generalizar a técnica penal, essa discute as formas de interpretação acerca do delito baseados na criminalidade e nas condutas delitivas. Quanto às características referentes à Ideologia da Defesa Social, essas podem apresentar-se como mecanismos configuradores do controle social, pois se justificam por meio de métodos repressivos, cuja principal finalidade é promover o aniquilamento dos delitos cometidos na esfera social.

O proibicionismo em torno das drogas amplia o âmbito de competência do poder punitivo, denominado por Raúl Zaffaroni “poder configurador positivo” do sistema de justiça criminal que, sob o pretexto de “prevenir, vigiar ou investigar”, adquire um verdadeiro poder político, sendo ao mesmo tempo um “poder legal”, mas que exerce um “poder punitivo paralelo” à margem das instituições, conhecido como “sistema penal subterrâneo”. Este é o ponto de inflexão para a redução o *Estado de Direito* e a expansão do *Estado de Polícia*. (ZAFFARONI, [et. al], 2006 *apud* ARGÜELLO e MURARO, 2015, p. 5).

Não obstante à discrepância existente entre a metodologia e o objeto da ciência penal, a Ideologia da Defesa Social defende uma ideia intervencionista, a qual se justifica na punição racional e científica, sugerindo um padrão como resposta aos crimes praticados. Dessa maneira, segue sugestionando formas de interpretação dos delitos, dos sujeitos delinquentes e das sanções aplicadas, por conseguir impactar a opinião pública, o que conseqüentemente reproduz um efeito crítico quanto violência das práticas sancionatórias.

A estrutura principiológica da IDS permite, assim, ininterrupta (auto)legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado(r), cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogênea. Ademais, instrumentaliza os aparelhos repressivos determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, diferentemente de tutelar bens jurídicos e igualizar a repressão, mantém a estrutura hierarquizada e seletiva do sistema de controle social. (CARVALHO, 2014. P. 91).

Quanto ao Movimento de Defesa Social, de acordo com o autor, esse procurou padronizar universalmente leis e instituições penais, com o intuito de promover a reforma e integração do sistema das ciências criminais. Assim sendo, a criminologia serviria como instrumento de pesquisa para entender a ocorrência da ação criminosa, sob o enfoque individual e social, nos ramos de direito e processo penal atuaria como modelo interpretativo das regras e executório das penas, e nas políticas criminais como ciência instruindo a organização e direcionando os operadores do direito e o sistema penitenciário relativo aos instrumentos de oposição a criminalidade.

Destarte, o Movimento de Defesa Social teria como principal escopo a proteção da sociedade em relação aos delinquentes por meio dos sistemas de prevenção positivo e negativo. Apesar de o movimento dizer-se humanitário, baseado na ideia de ressocialização, as medidas adotadas (sejam elas: periculosismo, reincidência, conduta desviante, etc), retomam as práticas de autoritarismo e segregação reverberando um caráter fictício. Conquanto o Movimento de Defesa Social tenha seu *animus* voltado, essencialmente, para uma política-criminal, pode-se observar que:

[..] em todas as edições do modelo integrado de ciência penal não se encontra uma alternativa crítica, mas somente uma modificação e um aperfeiçoamento da ideologia da defesa social. Esta não só resulta prejudicada, mas, acima de tudo, vem reafirmada nestas escolas, em todo o seu alcance, tanto no sentido da ideologia positiva (programa de ação), quanto, e principalmente, no sentido da ideologia negativa (falsa consciência, idealizações mistificantes das funções reais dos institutos penais). (BARATTA, 2002, p. 46).

No que diz respeito à redução de danos advindos das ações públicas, se essas se manifestam de forma vantajosa, sobrepondo-se as políticas-criminais que possuem como objetivo a repressão e que, conseqüentemente, minimizam os gastos com a criminalização em todos os setores (econômico, social, educacional, etc.),

cumprir, de acordo com Carvalho (2014) as que ainda encontram objeção, a fim de superarmos a lógica punitiva.

Em primeiro lugar, destaca-se a diferenciação entre usuário-dependente e dependente-delinquente, pois as maneiras com que cada indivíduo se relaciona com a droga são as mais variáveis, tornando-se inviável a imposição de padrões comportamentais e o estabelecimento de nexos causais determinantes. Dessa forma, ao relacionar-se o uso à dependência e dependência ao crime, além de simplificarmos o problema, torna-se totalmente errôneo, por que cada situação exige a análise do caso concreto. Algumas teorias associam o uso de drogas à prática de delitos. No entanto, não há qualquer evidência que seja capaz de comprovar de forma determinante a sua influência.

Diferentemente da lógica imposta pelo proibicionismo, cuja política impõe tratamento de forma coativa ao indivíduo-dependente, reduzindo-o a condição incapacitante, a política de redução de danos é pautada na voluntariedade e na relação harmônica estabelecida entre o dependente e o tratamento proposto. Neste contexto, objetiva-se que o paciente esteja engajado de forma positiva na sua reabilitação, estando totalmente voltado ao desejo de recuperar-se.

Em segundo lugar, a disposição de espaços para diálogo, cuja criação rescinde totalmente com o padrão proposto pelas agências punitivas. O projeto de redução de danos propõe a superação da moralidade social que tangencia a questão do consumo de drogas. Neste interim, sugere-se a participação ativa do dependente, rompendo com a lógica coativa proposta pelo proibicionismo.

O terceiro ponto a ser analisado pelo autor diz respeito ao fornecimento de substâncias ilícitas a dependentes crônicos pelas agências de saúde pública diante de determinação governamental. Isso implica na superação da moral imposta pelo proibicionismo em prol do reconhecimento à ética da alteridade. E por último e mais polêmico, como bem assevera o autor, seria a aceitação social do simples fato de consumir a droga por prazer.

As inserções das práticas de redução de danos autorizam a sobreposição ao moralismo alicerçado pelo proibicionismo. Negar que as pessoas possam desejar e que sentem prazer ao consumir drogas estreita a possibilidade de qualquer diálogo. O contrário viabilizaria por meio de políticas públicas de saúde o amortecimento dos impactos causados em consequência da opção usuário. Assim:

[...] defender um modelo alternativo ao proibicionismo não é afastar o Estado do problema, mas rediscutir o seu papel para que ele atue com mais eficiência dentro de limites democráticos. A luta pela mudança do paradigma deve, portanto, ser simultânea à construção de legislações e políticas públicas que estabeleçam normas justas, promovam práticas menos nocivas e atendam da melhor forma possível os problemas que o consumo de drogas inexoravelmente causará. (FIORE, 2012, p. 10).

Por fim, pode-se identificar a incongruência existente entre as políticas de redução de danos e as políticas proibicionistas, pois essas possuem um caráter puramente moralizador e isso constitui o principal motivo da criminalização social. Dessa forma, se faz necessário seu abandono, a fim de romper com o paradigma em torno dos indivíduos que apenas usam eventualmente a droga como forma de satisfação pessoal e que não causam qualquer mal a sociedade, pois o discurso de repressão às drogas aliado a formação moral-social dos indivíduos não só deturpou como ainda deturpa a tentativa de se elaborar uma política Criminal de Drogas eficiente.

3.2 Política antiproibicionista: crítica criminológica

Com o intuito de amenizar os efeitos nefastos advindos da atual sistemática penal, a crítica criminológica, amparada pelas políticas alternativas, elaborou projetos cuja ação voltou-se especificamente ao poder Estatal punitivo, com o intuito de diminuir a lesão causada aos indivíduos criminalizados pelo consumo de droga. Dessa maneira, vislumbra-se como uma estratégia na redução dos danos causados, que visa o controle das implicações decorrentes do consumo exagerado de substâncias psicoativas, sem almejar a proibição do uso e a criminalização desses indivíduos, objetivando reinseri-los socialmente e disponibilizando meios que reduzam ao máximo os danos causados pelo uso desenfreado das drogas.

Assim, as políticas alternativas procuram entender os processos de criminalização e descriminalização baseados nas teorias sociais, contrariando a lógica dos modelos tradicionais, os quais buscam a ampliação do poder por meio de políticas repressivas maximalistas.

[...] Tal política, a princípio, mantém intocada a proibição legal, mas insere considerações práticas no sentido de se “evitar o mal maior”, o que, conforme pensamos, possui um impacto nas políticas proibicionistas, uma vez que não pode ser realizada sem que as autoridades policiais ao menos “tolerem” estas

práticas. Além disto, parece provocar um deslocamento na ideologia de fundo da política do “just say no” inserindo um modelo mais aberto de inclusão, que coloca em cheque os efeitos deletérios da estigmatização promovida pelo sistema penal autoritário à saúde dos usuários de drogas. (SILVA, 2008, P. 02).

Se de um lado têm-se os modelos tradicionais buscando uma abrangência maior do seu poder punitivo, de outro o processo descriminalização procura suprimir os resultados decorrentes do alargamento da punitividade. Para isso, argumenta que os desvios de conduta estariam diretamente ligados aos processos de seletividade e estigmatização de grupos sociais menos favorecidos. Dessa forma, percebe-se que o enfoque do problema está mais atrelado a um *status* atribuído equivocadamente pela sociedade em virtude não somente da cor, como também da condição econômica do indivíduo do que a sua própria conduta de agir.

[...] a análise do processo de etiquetamento dentro do senso comum mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como violador da norma, para que lhe seja atribuída uma “responsabilidade moral” pelo ato que infringiu a *routine* (é neste sentido que, no senso comum, a definição de desvio assume o caráter – poder-se-ia dizer – de uma definição de criminalidade), é necessário que desencadeie uma reação social correspondente: o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou uma norma não é suficiente. (BARATTA, 2002, p. 95-96).

As agências penais colhem resultados nefastos quanto a sua discrepância no tratamento relativo às drogas, os quais pode-se perceber nos mais diversos segmentos, sejam eles médico, econômico, educacional, etc., gerando um alto custo em consequência da criminalização. Ao comprometer-se de forma repressiva com seu combate, instituiu uma espécie de gestão à criminalização secundária, pois ao opor-se ao consumo da droga condenou o usuário na intenção de acabar com o Tráfico de Drogas, refletindo-se de forma evasiva nos grupos e indivíduos mais suscetíveis socialmente. Neste diapasão:

O discurso emocional que oculta a funcionalidade política e a finalidade real do sistema penal também oulta o perene fracasso de seus objetivos explícitos. Não há como deixar de classificar como fracassado um sistema que promete a proteção dos indivíduos, a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, o fornecimento de segurança e que, hoje, depois de séculos de funcionamento, busca a legitimação de um maior rigor e um maior alcance em sua aplicação exatamente no anúncio de um aumento incontrollado do número de crimes, de uma diversificação e de maiores perigos advindos desta criminalidade apresentada como crescentemente poderosa. (KARAM, 2007, p. 189).

Ao eleger o traficante de drogas como um antagonista social, resume-se todo o problema à aplicação do sistema penal potencializando de forma hostil a criminalidade e inviabilizando o emprego de alternativas baseadas na política de redução de danos e riscos causados tanto pelo uso eventual de drogas, como pelo seu consumo exorbitante. Assim, o projeto antiproibicionista pode promover de forma significativa políticas pautadas na prevenção, gerando de forma exitosa a atenuação dos danos decorrentes das drogas e do excesso cometido pelo sistema penal. Ao afastar a ilegalidade quanto à criminalização do uso, avança-se na proposta de educar o usuário e até, quiçá, regulamentar a mercancia e o uso de entorpecentes.

Portanto, diante dos resultados frustrados da política proibicionista apresentados até agora no campo das drogas, pode-se perceber a publicização intrujada sustentada pela mesma, cujas represálias não impediram e tão pouco superaram as estatísticas em torno não somente do uso como também do mercado ilegal. Assim, depreende-se dessas explicações que a prática dessas condutas não é e nem nunca foram impedidas pelo ordenamento fundando na política repressiva, pois em nada se relacionam com o fato de serem ou não ilegais, pois assim sendo nunca impediu as pessoas de delinquirem.

3.3 As inovações trazidas pela nova Lei de Drogas

Com o advento da Lei 11.343/2006 houve a instituição do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas –, o qual prevê em seu artigo 3º como principal finalidade “articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas” e, ainda, reprimir a “produção não autorizada e do Tráfico ilícito de Drogas”. Ademais:

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

Com as inovações trazidas para Lei 11.343/2006, percebe-se como a principal as relacionadas às sanções, que com o objetivo de prevenir o uso das drogas e combater o tráfico, dispensa ao usuário/dependente um tratamento diferenciado em

relação ao traficante. Também, acrescentou mais dois tipos penais abrangidos pelos verbos transportar e depositar, os quais não eram previstos na antiga Lei.

Da mesma maneira previu condutas relativas à sementeação, cultivo e colheita de plantas (ainda que sejam para consumo pessoal) que possam ensejar qualquer tipo de vício, seja ele físico ou psíquico. Ademais, extinguiu a pena privativa de liberdade prevista para usuários, atribuindo uma sanção mais amena, cujo objetivo era o de reinserir socialmente os indivíduos que tenham tido contato com a droga e agravou as penas para quem as comercializasse (traficante).

Apesar de o legislador ter tido como objetivo a diferenciação das condutas de traficar e usar/depende, essa supera não só a lógica das penas aplicadas, como a prática processual vigente. Presencia-se teoricamente um regime preventivo quanto às ações de uso e um regime criminalizatório na prática por igual motivo, refletindo-se substancialmente na abordagem social dessas condutas.

Isso significa dizer que o tratamento social atribuído ao uso é muito mais nocivo e repressivo que o tratamento penal vigente. Diante deste cenário, a dissociação de fato não só das figuras do traficante e do usuário é imperiosa, como a do usuário da do dependente é decisiva, para que a medida a ser aplicada aproxime-se da mais justa possível. Malgrado existirem aspectos positivos na lei vigente, na prática, ambas as condutas confundem-se, salvaguardando as medidas alternativas de cada uma. Neste sentido:

Usuário seria o consumidor eventual da droga, aquele que tem em sua esfera volitiva a liberdade psíquica e física, isto é, o livre-arbítrio de buscar ou não os efeitos da droga. Já o dependente, seja ele usuário, traficante ou assemelhado, consiste naquele indivíduo que, em estágio mais avanço de uso, não tem a possibilidade, sem ajuda especializada, de furtar-se ao uso do fármaco pela necessidade física ou psíquica de consumi-lo. O dependente é, desta forma, um doente [...]. Assim, pode-se inferir que nem todo usuário deve ser considerado dependente, da mesma forma que nem todas as pessoas que ingerem algum tipo de bebida alcoólica ocasionalmente podem ser denominadas de alcoólatras. (NETO, ROSA e SOUZA, 2009, p. 3).

Dessa forma, o dependente deve ser visto como um caso de saúde pública que merece ter garantidos pelo Estado não só os seus direitos, como também um tratamento especial que o reinsira de forma digna no contexto social. Em contrapartida, quanto ao usuário, esse não deve ter como justificativa para coibir o seu uso o dano causado a sua integridade física e moral, restando esses argumentos insuficientes para a sua incriminação.

[...] Assim fosse, não poderíamos conviver de modo tão pacífico com o consumo diário de fumo e de bebidas alcoólicas, sobretudo com as altas taxas de óbito e de doenças crônicas decorrentes do uso das aludidas substâncias e rotineiramente reveladas pelas estatísticas médicas. Ao que parece, no particular, reconhece-se a autonomia do indivíduo para decidir acerca de suas opções de vida e da autodestruição não-oficial dela. Porque seria diferente com o consumo de drogas, e, de modo mais específico, de determinadas drogas, cujo teor de comprometimento à saúde é reconhecidamente inferior ao do fumo e da bebida alcoólica? (SILVEIRA, 2009, p. 02).

Apesar de haver entendimento favorável à proibição do uso de drogas sob o argumento de que, indiretamente, se aniquilaria a prática do comércio ilícito e todas as suas consequências por não existirem consumidores em potencial, isso, apenas evidencia o fracasso do discurso proibicionista. Para isso, basta observar ao longo dos anos as estratégias adotadas pelo governo no seu combate, que ao contrário de diminuir a violência gerada pelo Tráfico de Drogas, essa se intensifica a cada dia.

Dessa forma, pode-se perceber que não é as drogas o fato gerador de ações violentas, mas a ilegalidade abrangida pela prática. A violência é apenas uma consequência dessa estrutura como forma de imposição de poder, pois gera grande movimentação financeira advinda desse mercado ilegal articulado sob um forte sistema operacional, ocultado por ameaças e mortes, entre outros delitos. Assim, acredita-se que a ausência de regulamentação agrave ainda mais o problema.

CONCLUSÃO

De acordo com o que foi exaustivamente demonstrado, os meios utilizados pelo Direito Penal para inibir o consumo exacerbado de Drogas e, principalmente, o Tráfico de Drogas se mostraram ineficientes até o presente momento, pois a tentativa de combater esse mal enraizado em nossa sociedade atrai mais vítimas do que resultados eficientes. As políticas de enfrentamento ao Tráfico de Drogas não podem se justificar em torno da estigmatização do usuário, na medida em que sua conduta em nada prejudica a terceiros, da mesma forma, as transgressões cometidas pelo Estado aos bens jurídicos de determinadas comunidades advindas do comércio ilícito de drogas e substâncias psicoativas, os quais devem ser responsabilizados os integrantes de organizações criminosas e traficantes que movimentam essa atividade ilegal.

A elaboração de uma política adequada quanto às drogas deveria partir da premissa de que é preciso, primeiramente, descriminalizar o uso, como pode-se identificar em alguns países europeus que regulamentaram por meio de lei as quantidades para o consumo diário e estabeleceram critérios para a diferenciação das condutas. Pode-se exemplificar o modelo adotado por Portugal, que conservou a criminalização das drogas, porém converteu o porte para consumo pessoal em sanção administrativa. Nestes casos, o indivíduo é assistido por uma equipe de profissionais que decide se é caso terapêutico ou de punições mais sérias. O resultado dessa nova política tem obtido êxito, contando com a diminuição dos índices relativos a consumidores crônicos e adolescentes/crianças. Além disso, demonstra que descriminalizar o uso não induz de forma alguma ao consumo da droga. No Brasil, em que a realidade é marcada por um constante processo seletivo e estigmatizante de populações vulneráveis socialmente, seria um viés alternativo.

Ademais, cumpre repisar que ao longo desse trabalho foi defendida a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 para o delito de Porte de Drogas para Consumo Pessoal, pois viola preceitos constitucionais relativos à intimidade e a vida privada dos indivíduos, o que contraria a lógica punitiva pautada na tutela da saúde pública e no risco abstrato do delito. Também, foi salientado que a partir do momento em que diferencia-se o tratamento de substâncias distintas, tanto lícitas quanto ilícitas - o que não faz a menor diferença, pois não impedem a dependência, como por exemplo, o álcool - há lesão ao princípio da igualdade. Portanto, se percebe

que a criminalização da conduta diante do consumo é essencialmente moral, embora a previsão constitucional referente à intimidade e a vida privada expressem claramente a distinção do que é direito e o que é moral.

Quanto às políticas adotadas ao longo do tempo no enfrentamento às drogas, a Política Proibicionista que ainda paira não só na ceara jurídica como também na social, demonstra que o tratamento de dependentes e usuários continua sendo estigmatizada. A responsabilidade de tratamento desse modelo é atribuída ao sistema penal por meio de ações repressivas das agências punitivas, o que reduz o indivíduo a um mero instrumento de intervenção. Da mesma forma se justifica a proposta da tão aclamada Justiça terapêutica, que ao contrário de ressocializar e reinserir o usuário e o dependente químico, opera de forma coativa tendo como resultados efeitos contrários ao que se defende nesse trabalho, pois ofendem a integridade e o direito das pessoas de decidirem sobre suas vidas, transformando esse modelo em um gradual e anacrônico processo criminalizante.

Em contrapartida, os programas alternativos propõem um modelo essencialmente amparado na voluntariedade e permissão do indivíduo. A lógica proposta pela Política de Redução de Danos se baseia em substratos opostos ao proibicionismo, pois reconhece no sujeito alguém que possua plena capacidade de fala, disponibilizando espaço para novas práticas que visem amenizar os danos causados pelo uso excessivo das drogas diante da inexistência de qualquer dogma moral. Dessa forma, pode-se perceber a distinção de tratamento dos usuários e dependentes de cada modelo de política, pois ao contrário do que é proposto pelo proibicionismo, aqui há o reconhecimento do sujeito em sua plena autonomia tendo preservada a sua capacidade de manifestação, o que se reflete de forma positiva no âmbito social.

Por fim, o ponto nevrálgico das nossas explanações é atingido quando se observa sobreposição dos meios de controle social às condutas tidas como desviantes. Pode-se perceber que se está diante de um sistema enérgico de regras, as quais tratam de produzir normas, aplicá-las e por fim executá-las por meio de sanções. Dessa forma, se percebe a relação estabelecida entre os que excluem e os que são excluídos, pairando a dúvida de que é possível incluir um excluído na atual conjuntura? Apesar de se ter todas as evidências apontando que não, acredita-se em uma reformulação do suporte penal oferecido hoje as pessoas que delinquem, pois

seria mais fácil não achar uma solução do que aplicar novas práticas para adaptar a sistemática vigente.

Também, as relações que são estabelecidas dentro do complexo carcerário e os reflexos negativos que estes causam em nossa sociedade são fruto de um sistema capitalista agressivo, cujos indivíduos menos favorecidos socialmente são submetidos, muitas vezes (não sempre) a práticas criminalizantes devido a sua condição social. Portanto, antes de atribuímos a responsabilidade de reinserir e ressocializar ao Estado, deve-se observar o nosso comportamento em relação ao preso, dando início a esse processo de forma inversa: primeiro educa-se a população e posteriormente o delinquente, a fim de assegurar um equilíbrio das relações sociais.

Diante das explanações feitas ao longo desse trabalho, apesar de existirem alguns aspectos a serem reformulados, pode-se perceber pontos positivos da Lei 11.343/2006, principalmente quanto à diferenciação das condutas de uso/dependência das de tráfico, que com a lei 6.380/1976 não havia. Também, as penas foram convertidas em um caráter mais preventivo do que punitivo, isso incluiu a conversão da pena privativa de liberdade para restritiva de direito. Apesar do operador do direito ter tido a intenção de diferenciar as condutas mencionadas, essas superam não só a lógica das penas, como a prática processual, pois ainda é possível presenciar dois diferentes tratamentos destinados à prática do delito de consumo: o de prevenir a sua reincidência e o de criminalizar, o que se reflete de forma significativa na abordagem social desses indivíduos. .

Assim, conclui-se diante do exposto que a melhor alternativa diante da situação de consumo e do tráfico seria a descriminalização da conduta de uso pessoal e a manutenção das políticas públicas adotadas, pois ainda que existam não colheram resultados positivos como o esperado ao longo dos anos. Como ideal, almeja-se o investimento do Estado em ações mais preventivas do que repressivas, a fim de garantir a integridade física e moral de dependentes e da população em geral.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO PORTELA, André Luiz. Descriminalização ou Despenalização? In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4024>. Acesso em: jul. 2015.

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 113/2015, p. 317 – 356, Mar - Abr / 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=i0ad600790000014f7f1b758c9191a939&docguid=l1e695430e40b11e4896b01000000000&hitguid=l1e695430e40b11e4896b01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=61&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: ago. 2015.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006)**. São Paulo: Método, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Ed. Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990.

BIANCHINI, Alice *et al.*; GOMES, Luis Flavio (Coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 110475, Primeira Turma do Estado de SANTA CATARINA – SC, 14 de fevereiro de 2012**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%EDpio+da+insignific%E2ncia+e+porte+de+pequena+quantidade%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pppmc4o>>. Acesso em: out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 195985, da 6ª Turma do Estado de Minas Gerais, 18 de junho de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100202385&dt_publicacao=18/06/2015. Acesso em: jul. 2015.

_____. (1976). **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: jul. 2015.

_____. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: ago. 2015.

_____. (2006). **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: jul. 2015.

BRODBECK, Rafael Vitola. **Lei de Drogas Anotada**: incluindo alterações acrescentadas pela lei 12.403/2011 e lei 12.483/2011. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2012.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06, 5ª ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2010.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONTE, Marta; HENN, Ronaldo César; OLIVEIRA, Carmen Silveira de and WOLFF, Maria Palma. "**Passes" e impasses: adolescência - drogas - lei.** *Rev. Latino am. psicopatol. fundam.* [online]. 2008, vol.11, n.4, pp. 602-615. ISSN 1984-0381.

FÉLIX, Andressa Barboza. A (in)constitucionalidade da criminalização das drogas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13001>. Acesso em: ago. 2015.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; CRISTINA DOS SANTOS ROSA, Lúcia; DE CARVALHO SOUSA, Rutheene. As drogas e a situação do usuário/dependente: a égide da lei nº 11.343/2006. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5995>. Acesso em: ago. 2015.

FIORE, Maurício. **O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas.** *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2012, n.92, pp. 9-21. ISSN 0101-3300. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002>. Acesso em: ago. 2015.

GARCIA, Maria Lúcia Teixeira; LEAL, Fabíola Xavier and ABREU, Cassiane Cominoti. A política antidrogas brasileira: velhos dilemas. *Psicol. Soc.* [online]. 2008, vol.20, n.2, pp. 267-276. ISSN 1807-0310. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822008000200014&script=sci_arttext> Acesso em: set. 2015.

GIACOMINI, Eduarda. A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em: ago. 2015.

KARAN, Maria Lucia. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais.** In: **Revista PUC**, São Paulo, vol., 12, p. 181-212, 2007. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3903>>. Acesso em: ago. 2015.

LEAL, João José. LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das Drogas e o crime de associação para o tráfico ilícito: comentários art. 35, da Lei 11.343/2006.** Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014e8e2898b926a2a427&docguid=I90e5d2b0e03a11df92fe01000000000&hitguid=I90e5d2b0e03a11df92fe01000000000&spos=1&epos=1&td=336&context=12&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: jul. 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo.** São Paulo: Editora Método, 2012.

NASCIMENTO, Ari Bassi. Uma visão crítica das políticas de descriminalização e de patologização do usuário de drogas. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 11, n. 1, p.185-190, Abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722006000100021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 jul. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-73722006000100021>.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2009.

REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda. Novidades trazidas pela Lei 11.343/2006: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1846&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: jul. 2015.

ROCHA, Andréa Pires. Proibicionismo e a criminalização de adolescentes pobres por tráfico de drogas. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 115, p. 561-580, Set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

66282013000300009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: jul. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-66282013000300009>.

SILVA, Rafael Damasceno Ferreira e. A Lei 11.343/06 e a Nova Política de Drogas no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4852>. Acesso em: jul 2015.

SILVEIRA, Lauriano Vasco da. O usuário de drogas na nova lei de tóxicos: Uma abordagem prática da Lei 11.343/06. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6400>. Acesso em: jul. 2015.

SOUZA, Jonathas Baia Andolphi de; BERSAN, Ricardo Resende. A constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06: a imputabilidade do usuário de drogas pela nova lei de tóxicos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12949>. Acesso em: jul. 2015.

VIANNA, Priscila Cravo; NEVES, Claudia Elizabeth Abbês Baêta. Dispositivos de repressão e varejo do tráfico de drogas: reflexões acerca do Racismo de Estado. **Estud. psicol. (Natal)**, Natal, v. 16, n. 1, p. 31-38, Abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2011000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: jul. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-294X2011000100005>.