

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Priscila Campetti de Almeida

A LEI ANTIDROGAS E POLÍTICA CRIMINAL: UMA
ABORDAGEM DO DELITO DE TRÁFICO

Passo Fundo
2010

Priscila Campetti de Almeida

A LEI ANTIDROGAS E POLÍTICA CRIMINAL: UMA
ABORDAGEM DO DELITO DE TRÁFICO

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação da
professora Me. Josiane Petry Faria.

Passo Fundo
2010

À minha mãe Valéria e aos meus avós Newton e Albina pelo incentivo e por tudo que sempre me proporcionaram, sem os quais eu nada seria. Ao meu irmão Dácio Antônio por todo o carinho e à minha irmã Vanessa por todo o amor e por tornar os meus dias mais alegres.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde e força que me foram concedidas durante toda minha vida.

À minha família, em especial à minha mãe Valéria e aos meus avós Albina e Newton que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa e por terem tornado tudo possível, apoiando-me e incentivando-me em todos os momentos da minha vida.

À Professora Orientadora Me. Josiane Petry Faria pelo exemplo de profissional e educadora, e pelo interminável apoio e incentivo.

Às minhas colegas e amigas Jéssica, Karine e Laís por todos os momentos de alegria, tristeza, dificuldades e pelo companheirismo nestes cinco anos de convivência.

Às minhas demais amigas pelo incentivo, força, carinho, paciência, por todos os dias que passamos juntas e pelos vários momentos de alegria.

Ao meu padrasto Martin Cabeleira de Moraes Júnior pela ajuda e pelo material que me foi emprestado, que contribuiu de forma significativa para a elaboração desta pesquisa.

RESUMO

A nova Lei Antidrogas apresenta diversas alterações, dentre elas a adoção de uma nova política criminal e a criação de um sistema nacional de políticas públicas que visa combater e prevenir o tráfico e o uso de substâncias ilícitas. Destarte, o estudo tem por objetivo voltar especial olhar à análise da política criminal adotada pela nova Lei e a possibilidade de criação de políticas públicas voltadas para a prevenção de drogas, questionando-se também a possibilidade de aplicação do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, aos condenados sob a vigência da Lei n. 6.368/1976, em conformidade com a política criminal vigente. A partir das correntes doutrinárias expostas, conclui-se que a referida Lei deve retroagir aos fatos pretéritos, em face do princípio da retroatividade da lei mais benéfica consagrado no artigo 5º da Constituição Federal e, sobretudo, diante do fenômeno das drogas que deve ser visto como uma necessidade do atendimento por políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais. Foi tendo por método de abordagem o método dedutivo que a pesquisa dedicou-se ao seu propósito.

Palavras Chave: Política criminal. Política pública. Prevenção. Repressão. Tráfico de drogas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 TRÁFICO DE DROGAS NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA	09
1.1 A dogmática jurídico-penal das drogas no Brasil: um estudo das Leis n. 6.368/1976 e n. 11.343/2006	09
1.1.1 Da Lei n. 6.368/1976: apontamentos necessários.....	10
1.1.2 Da Lei n. 11.343/2006: aspectos essenciais.....	14
1.2 Figura jurídica do tráfico de drogas.....	18
1.3 Conceito de droga no âmbito da nova Lei Antidrogas	28
2 POLÍTICAS PÚBLICAS E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL 33	
2.1 Das políticas públicas: alguns pressupostos	33
2.2 Descentralização de políticas públicas no Brasil: a reafirmação do poder local.....	40
2.3 Política Criminal	49
3 O FENÔMENO DE DROGAS NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E POLÍTICAS CRIMINAIS	54
3.1 Do atendimento aos direitos fundamentais e a crise social	54
3.2 Do fenômeno das drogas no Brasil: insuficiência de políticas públicas.....	59
3.3 Tráfico de drogas no Brasil: as inovações legais à luz dos direitos fundamentais e das políticas públicas.....	67
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurará analisar a evolução das leis que regulamentam as questões concernentes às drogas no Brasil, situando-as dentro do contexto histórico em que o país se apresentava até chegar à contemporaneidade, com a atual legislação, conhecida por nova Lei Antidrogas. Dentro desse contexto, o objetivo é traçar um comparativo entre a Lei atual e a Lei 6.368/1976, então revogada, principalmente no que se refere à questão dos modelos de política criminal adotados pelas legislações em estudo, ou seja, o conflito estabelecido entre o caráter repressivo da antiga Lei e o suposto caráter prevencionista previsto na nova Lei Antidrogas. Pretende-se, ademais, o estudo aprofundado da figura do tráfico de drogas, das novas figuras típicas criadas e conseqüentemente das inovações apresentadas pela nova Lei, como a possibilidade de criação de políticas públicas para prevenir e combater o uso e a venda de drogas.

A pesquisa se baseia na necessidade de criação de novas leis para o combate ao uso e à venda de substâncias ilícitas, diante do surgimento das drogas e do comércio ilegal dessas substâncias. Nesse sentido, surgiram em todo o mundo movimentos a favor da repressão e conseqüentemente legislações que visavam à aplicação de diversas sanções para quem consumisse ou então comercializasse as substâncias consideradas ilícitas em cada país. Assim, o Brasil também passou a criar leis que buscavam punir as pessoas que tivessem envolvimento com as drogas, bem como a classificar quais substâncias seriam consideradas proibidas e que causavam mal ao indivíduo. Para tanto, diversas leis e decretos foram promulgados e editados com o propósito de regulamentar o uso e o comércio ilegal das substâncias consideradas ilícitas.

Com efeito, o tema estudado é de significativa importância, uma vez que a nova Lei apresenta diversas modificações em relação às suas precessoras, estando mais adequada à situação atual do país. De tal modo, a análise da figura jurídica do traficante de drogas se torna de extrema relevância, para apontar os efeitos que são gerados em torno da traficância, como a criminalidade e a violência que assombram toda a população brasileira. Igualmente, diante da previsão do chamado tráfico privilegiado, vários traficantes poderão ter a sua pena diminuída e ser colocados em liberdade se tal previsão retroagir a fatos pretéritos. Nesta senda, pondera-se se é possível ocorrer a retroatividade dessa minorante

aos fatos ocorridos sob a vigência da Lei anterior, tendo em vista que essa causa especial de diminuição de pena não estava prevista na Lei revogada.

Desse modo, diante da possibilidade de aplicação de uma causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/2006, tenta-se avaliar a possibilidade de retroatividade dessa minorante aos condenados sob a vigência da antiga Lei. Nesse sentido, busca-se verificar os benefícios que essa aplicabilidade podem trazer aos traficantes condenados, levando em consideração normas e princípios e ponderando as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes, bem como os efeitos que serão causados na sociedade. Além disso, tenta-se constatar a criação de uma política criminal e de políticas públicas que visem garantir a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

De tal modo, a presente monografia se apresenta em três capítulos. O primeiro faz uma abordagem sobre a nova Lei Antidrogas, a qual entrou em vigor com o propósito de substituir as antigas Leis que estavam sendo alvo de diversas críticas, porquanto eram muito remotas e não estavam mais adequadas ao momento atual. Para tanto, será realizado um comparativo entre a Lei n. 11.343/2006 e a Lei n. 6.368/1976, principalmente no que se refere à política criminal adotada por ambas, a análise da figura jurídica do traficante e as inovações apresentadas, e por fim a conceituação do termo drogas no âmbito da nova Lei.

Já no segundo capítulo, o estudo se baseará nos principais modelos de políticas públicas, para que o Estado, através do poder local e da participação da sociedade, possa formular políticas públicas voltadas para a prevenção ao uso indevido e por conseguinte ao comércio das drogas. Além disso, fundamenta-se na descentralização das atividades administrativas e conseqüentemente a possibilidade de descentralização das políticas públicas para os demais entes federados, a fim de que a população possa participar e escolher quais são as melhores formas para combater o comércio ilegal e o uso de drogas no meio em que convivem, exercendo, dessa forma, a sua cidadania. Com efeito, o que se quer não é apenas apreciar a política criminal que foi adotada para a criação da nova Lei, mas visualizar outros meios que são apresentados pela Lei Antidrogas para inserir modos de prevenção ao uso e ao comércio de drogas e, conseqüentemente, da criminalidade que é gerada em seu torno, e não apenas a repressão ao usuário e ao traficante.

Diante da previsão na Lei de um sistema nacional de políticas públicas, o que se quer no terceiro capítulo é verificar formas de garantir aos cidadãos a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988, através de

políticas públicas. Destarte, tem por escopo, ainda, a apreciação da evolução das legislações que foram criadas com o propósito de combater o tráfico e conseqüentemente a insuficiência de políticas públicas voltadas para a prevenção de drogas. Por fim, é elaborada a análise da questão da figura jurídica do tráfico privilegiado, diante da discussão que é travada na doutrina e principalmente na jurisprudência.

Nesse contexto, o estudo será voltado para uma pequena análise da evolução das drogas no país e conseqüentemente para um comparativo entre a nova legislação e a Lei n. 6.368/1976, no que se refere ao modelo de política criminal que foi adotado pelos dois regramentos, diante da situação política, social e econômica que o país passava no momento da criação de cada uma das Leis. Ainda, pretende-se avaliar a questão das políticas públicas, diante da criação do SISNAD, para que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal possam ser garantidos à população, bem como na busca por meios de prevenção ao uso e comércio de drogas em todo o Brasil. Com efeito, a pesquisa estará voltada principalmente para a análise da questão do traficante de drogas, não esquecendo a situação do usuário e do dependente, os quais são os consumidores e que contribuem para o tráfico. Desse modo, tendo em vista a possibilidade de uma causa de diminuição de pena a ser aplicada aos traficantes, dentro das diversas modificações que foram realizadas no contexto da nova Lei, a pesquisa visa a análise das possibilidades de aplicação dessa minorante a fatos pretéritos, ocorridos na vigência da Lei revogada.

Assim, para solucionar o problema apresentado na temática proposta, busca-se a construção do conhecimento através da pesquisa, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, uma vez que a pesquisa se baseou em princípios gerais que se inferiram como conseqüências para o particular, para realizar uma análise para cada caso concreto. Dessa forma, utilizando-se a técnica de pesquisa doutrinária, o tema será abordado a partir de materiais já escritos por diversos doutrinadores e pesquisadores de diversas áreas como da Sociologia, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Constitucional, entre outros.

1 TRÁFICO DE DROGAS NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

A Lei n. 11.343/2006 foi editada com o objetivo de substituir as Leis n. 6.368/1976 e n. 10.409/2006, que já não estavam mais adequadas à realidade da sociedade brasileira, uma vez que tratavam tanto o traficante quanto o usuário de drogas de forma igualitária. Buscou-se dar um tratamento mais severo ao traficante, de modo que foram realizadas diversas mudanças na legislação e criadas novas figuras típicas, bem como foi definido o conceito de drogas para a nova Lei, sendo que, para defini-la, é necessária a complementação de uma portaria ministerial. Assim, necessário se faz realizar uma análise de ambas as Leis, com o propósito de compreender o objetivo de cada uma delas.

1.1 A dogmática jurídico-penal das drogas no Brasil: um estudo das Leis n. 6.368/1976 e n. 11.343/2006

A Lei n. 6.368/1976 tinha como escopo um modelo de repressão que tratava tanto o usuário quanto o traficante de drogas de forma igualitária, prevendo a ambos penas privativas de liberdade. Com a vigência da Lei n. 11.343/2006, tal modelo repressivo somente se manteve em relação à figura do tráfico ilícito de drogas, de modo que ao traficante de drogas passou-se a prever penas mais severas, bem como a criação de novas figuras típicas com a finalidade de incriminar outros sujeitos envolvidos com o comércio ilegal de drogas. Entretanto, ao usuário/dependente foi previsto um tratamento mais brando, porquanto passou a ser visto como um doente, que, como tal, necessita de tratamento.

1.1.1 Da Lei n. 6.368/1976: apontamentos necessários

A Lei n. 11.343/2006, chamada de nova Lei de Drogas ou Lei Antidrogas, entrou em vigor em 08 de outubro de 2006 e revogou expressamente, em seu artigo 75, a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 e a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Com a vigência desta Lei, diversas foram as mudanças realizadas em relação às antigas legislações. A nova Lei Antidrogas, além de tratar de forma mais severa os traficantes, criou novas figuras típicas, diferenciou usuário, dependente e traficante de drogas e se preocupou de forma mais acentuada com a prevenção ao uso de drogas.

A Lei n. 10.409/2002 foi editada com o propósito de substituir a Lei n. 6.368/1976, entretanto, foi objeto de diversos vetos em relação aos crimes e às penas, sendo que somente foi aprovada a parte processual, não cumprindo, então, totalmente com o seu objetivo. Assim, havia duas legislações, uma referente ao aspecto penal do ano de 1976, e outra processual do ano de 2002.

As antigas legislações que tratavam da matéria sobre as drogas seguiam o modelo de repressão adotado pela maioria dos países ocidentais, baseados em tratados e convenções internacionais. Entre eles, citam-se como principais as três Convenções das Nações Unidas que tratam sobre drogas ilícitas, quais sejam a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.¹

Essa política criminal adotada pelo Brasil possuía um caráter proibicionista, que teve origem nos Estados Unidos da América.² A Lei n. 6.368/1976 adotava o binômio dependente/usuário e traficante/repressão e dava um tratamento diferenciado a ambos, havendo, desta forma, dois estatutos proibitivos diferentes. O traficante de drogas era considerado um inimigo, tanto da sociedade, quanto do Estado, o qual deveria ser eliminado.

A esse respeito, comenta Salo de Carvalho:

¹ KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: Nota Dez. ano 6. n. 23, jul./dez., 2006. p. 77.

² ROSA, Pablo Ornelas. *Políticas criminais de drogas e globalização econômica*. Disponível em <<http://www.umanas.ufpr.br/evento/sociologia/politica>>. Acesso em 02 de abril de 2010.

Os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão permeiam a legislação e, apesar de aparecerem integrados no texto, sua conjunção é aparente, pois, na realidade operativa do sistema repressivo, criam dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados conforme a lógica médico-psiquiátrica ou jurídica política, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados.³

Este proibicionismo adotado pela legislação brasileira consubstanciava-se no tripé ideológico formado pelo Movimento de Lei e Ordem⁴, Ideologia da Defesa Social⁵ e pela Ideologia da Segurança Nacional.⁶, os quais indicam uma presença larga e expressiva do direito penal.⁷

Salienta-se, ademais, que a antiga Lei de Tóxicos foi criada e editada em uma época de ditadura militar, o que justifica, em tese, o modelo repressivo que foi adotado.

Nesse sentido, Salo de Carvalho dispõe que:

Assim, no plano político criminal, a Lei 6.368/1976 manteve o histórico discurso médico jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta.⁸

No seu capítulo primeiro, a antiga legislação tratava da prevenção ao uso indevido de drogas ilícitas. Assim, era dever de toda a sociedade contribuir de forma acentuada para a prevenção ao uso de substâncias entorpecentes, bem como na repressão ao tráfico ilícito

³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 23.

⁴ Os Movimentos de Lei e Ordem surgiram na década de 60, nos Estados Unidos da América, com o objetivo de orientar a produção legislativa em matéria criminal, tendo as drogas papel de destaque. Tem a mídia como a forma de instrumentalizar as suas idéias, transmitindo à população a idéia de perigo constante, objetivando a flexibilização de normas penais e processuais, a fim de punir rigorosamente quem não contribuir para a harmonia social. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 39.

⁵ A estrutura principiológica da IDS permite, assim, ininterrupta (auto) legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado, cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogeneia. 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 controlo social. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 33.

⁶ Durante a década de setenta a Ideologia da Segurança Nacional se espalha por toda a América Latina, com a ideia de que o criminoso é um inimigo a ser eliminado, aplicando-lhe severas penas, a fim de combater a criminalidade comum. Assim, busca a eliminação do crime e do criminoso através da coação direta das agências repressivas CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 36.

⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 29.

⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 31.

de drogas. Previa, também, a possibilidade de sanção às empresas privadas que não colaborassem quando solicitadas a prestar auxílio aos órgãos do Governo.⁹

Já no capítulo segundo, estavam dispostas as medidas a que seriam submetidos os dependentes de drogas, ou seja, o tratamento seria dado para a sua recuperação. Eram duas as possibilidades: o regime de internação hospitalar, em hospitais ou clínicas públicas ou particulares, sendo, para a submissão a tal condição, analisado o quadro clínico do dependente; e o tratamento em regime extra-hospitalar, que não recorria à internação, mas aliava-se à assistência do serviço social competente. Entretanto, no capítulo terceiro estava tipificado o delito e as penas privativas de liberdade e de multa a serem aplicadas aos dependentes de drogas.¹⁰

Em que pese haver a previsão de pena privativa de liberdade, os indivíduos que ali incorressem, na maioria das vezes, não eram submetidos ao encarceramento prisional. Isso porque a pena privativa de liberdade poderia ser substituída por restritiva de direitos, em face da quantidade de pena aplicada¹¹. Assim, dificilmente o dependente de drogas ilícitas seria recolhido em estabelecimento prisional, no entanto, recebia condenação criminal.

Aos dependentes, contudo, eram, muitas vezes, aplicadas medidas de segurança, sendo tratados juntamente com pacientes psiquiátricos, em estabelecimentos que não eram os adequados para o tratamento e conseqüentemente para a recuperação do indivíduo.

Adriana Accioly Gomes Massa e Roberto Portugal Bacellar descrevem que:

⁹ Art. 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas que, quando solicitadas, não prestarem colaboração nos planos governamentais de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica perderão, a juízo do órgão ou do poder competente, auxílios ou subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

¹⁰ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

¹¹ Tendo em vista que a pena privativa de liberdade prevista no preceito secundário do tipo penal do artigo 16 da Lei n. 6368/1976 era de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, os usuários de drogas poderiam ter a pena aplicada substituída por penas restritivas de direito, se preenchidos os requisitos do o artigo 44 do Código Penal, uma vez que inferior a 04 (quatro) anos, bem como o delito não era praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Outrossim, a Lei n. 9099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e Cíveis, prevê a possibilidade de oferta de transação penal às pessoas que cometerem crimes cuja a pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos, bem como a possibilidade de suspensão condicional do processo se a pena mínima não for superior a 01 (um) ano. Assim, se preenchidos os requisitos previstos na Lei, o usuário seria beneficiado com a transação penal, ou com a suspensão condicional do processo, não havendo, dessa forma, a instrução de processo criminal, tampouco seria recolhido ao estabelecimento prisional.

Além de uma política impositiva de abstenção e controle social, dependentes químicos eram tratados junto aos pacientes psiquiátricos. Utilizava-se, de maneira geral, a internação como forma de segregação e exclusão social. É interessante notar que, na vigência dessa política, segundo dados do Cebrid – Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas, responsável pelos levantamentos sobre uso de drogas no Brasil, teria havido um aumento significativo do uso de drogas no Brasil, principalmente a partir dos anos 80.¹²

Já, aos chamados traficantes de drogas, seriam aplicadas as sanções previstas no artigo 12¹³ da referida Lei e nos seus parágrafos, bem como no artigo 13, também da Lei n. 6.368/1976. Já no artigo 14¹⁴ há a previsão do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas.

Cabe salientar que com a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), a figura do traficante de drogas foi equiparada aos delitos previstos naquela legislação. Desse modo, há uma grande diferença entre o dependente e o traficante durante a execução da pena, uma vez que para aquele foram impostas medidas muito mais graves. Assim, havia a necessidade de cumprimento integral da pena em regime fechado, o que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a impossibilidade de ser beneficiado com a anistia, graça e indulto, requisitos diferentes quanto ao cumprimento da pena para a progressão de regime e livramento constitucional.

¹² MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., 2008. p. 178.

¹³ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fábrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

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

Ademais, o estrangeiro que fosse condenado pelo delito de tráfico ilícito de drogas, mesmo após ser naturalizado brasileiro, deveria ser expulso do país, contrariamente nos crimes comuns, nos quais o criminoso que incorresse em qualquer espécie de crime poderia ser extraditado se o crime fosse praticado antes da naturalização.

Salienta Salo de Carvalho:

Outrossim, se a Constituição, no artigo 5º, LI, prevê a impossibilidade de extradição do brasileiro, salvo do naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, excepciona no que tange aos casos de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Regula desta forma, a expulsão do estrangeiro condenado por crime de tráfico de drogas mesmo após sua naturalização (Decreto 98.961/90). A exceção demonstra a importância da diferenciação no tratamento desta espécie de delito em relação aos demais.¹⁵

Com efeito, resta nítida a diferenciação dada às pessoas que cometessem crimes comuns em relação às pessoas que incorressem no delito de tráfico ilícito de drogas, em relação à extradição de estrangeiro.

1.1.2 Da Lei n. 11.343/2006: aspectos essenciais

Diante da expansão do narcotráfico pela década de 80 no Brasil, do aumento do número de usuários, percebeu-se que essa política criminal de combate às drogas não estava gerando efeitos, porquanto tratava tanto os usuários de drogas, como os traficantes, de forma severa e ambos como criminosos, sendo que em relação a aqueles não era dada a devida atenção.¹⁶

Tendo em vista que as antigas legislações não estavam mais de acordo com as necessidades da sociedade brasileira e diante do grande aumento da circulação de drogas ilícitas, fez-se necessária a edição de uma nova legislação que buscasse tentar solucionar e diminuir a circulação de drogas, diante da nova situação econômica, política e social da população brasileira.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 44 - 45.

¹⁶ MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., 2008. p. 178.

A nova Lei de Drogas que entrou em vigor em 2006, abrandou, de certo modo, esse caráter proibicionista e buscou de forma mais coerente assegurar que fosse despendido um tratamento diferenciado aos usuários e dependentes de drogas com uma visão preventiva, em que pese ter dado tratamento mais severo aos chamados traficantes de drogas.¹⁷

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, na obra *Nova Lei de Drogas: Crimes Investigação e Processo*, fazem a seguinte observação:

Não devem os órgãos de repressão preocupar-se com as condutas que não apresentam relevância social, mas sim, com a traficância. É histórica no Brasil a preocupação com os usuários de droga, porque são pessoas que não oferecem dificuldades à ação policial, diferentemente dos traficantes, que a polícia prefere não perseguir em face do risco que representa a ação, ou até porque o traficante corrompe o organismo policial. É ridículo perseguir os viciados, que necessitam de ajuda do Estado (tratamento), mas não de cadeia [...].¹⁸

Salo de Carvalho, em seu livro *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, dispõe que:

Apesar de fundada na mesma base ideológica da Lei 6.360/76 (ideologia da diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais. Se a Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95 –, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e dependente com aplicação de penas e medidas.¹⁹

Desse modo, a Lei n. 11.343/2006 apresenta duas formas diversas de tratamento. Em relação ao traficante de drogas, há a previsão de penas mais duras, enquanto o dependente/usuário de drogas é tratado como um doente, o qual precisa de tratamento, buscando a prevenção ao consumo de drogas ilícitas.

¹⁷ MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., 2008. p. 178.

¹⁸ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 59.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 69.

Outrossim, dentre as diversas modificações realizadas, uma das mais significativas foi a criação do SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas -, que determina medidas de prevenção ao uso indevido de drogas.

Em seu artigo 28²⁰, a nova Lei de Drogas, contrariamente à Lei então revogada, não prevê mais a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade aos usuários e dependentes de drogas e sim a aplicação das penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, ocorrendo, então, a despenalização²¹ e não descriminalização²² da conduta ou a desprizionalização²³.

[...] Não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter natureza de crime, na medida que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por um juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação do artigo 48, § 1º, da nova Lei).²⁴

Essa nova política criminal visa evidenciar que as pessoas que fazem uso das drogas chamadas de ilícitas precisam de tratamento, evitando que sejam tão somente punidas. Assim, a conduta do porte e posse de drogas para consumo pessoal continua sendo ilícita, entretanto, com um tratamento penal diversificado.

²⁰ Art. 28. Quem adquirir guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

²¹ [...] Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 121.

²² Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

²³ No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas sanções previstas, impedindo, mesmo em caso de reincidência (art. 28, § 3º), a pena de prisão [...]. Ocorre, portanto, com o ingresso da lei nova no cenário jurídico, explícita descaracterização dos delitos relativos ao uso de drogas. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 110.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 707.

Outrossim, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI²⁵, descreve os tipos de pena que serão adotadas no sistema penal, quais sejam a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos, entre outras. Tendo em vista que a Constituição estabelece que possam ser criadas novas espécies de pena, uma vez que utiliza a expressão entre outras, conclui-se que o legislador poderá dispor de outras modalidades de penas diversas daquelas previstas, como as estabelecidas no preceito secundário do tipo penal do crime de posse ilegal de drogas para consumo pessoal.

Em relação ao tráfico ilícito de drogas, crime que está previsto no artigo 33²⁶ da Lei, denota-se que houve um aumento, tanto na pena privativa de liberdade, quanto na pena de multa. Aplica-se, então, ao traficante de drogas, uma justiça retributiva, contrariamente ao que ocorre com o usuário e o dependente para os quais a Lei continua com um caráter prevencionista.

Descreve Luis Flávio Gomes:

A nova Lei, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e o dependente. A Lei, ademais, está atenta às políticas de atenção e de reinserção social do usuário e do dependente.²⁷

Ainda, com relação aos traficantes de drogas está expresso na legislação que aquele que for preso em flagrante delito não terá direito à liberdade provisória, bem como não há possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos, sendo que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de sursis, graça, indulto e anistia²⁸.

²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

²⁶ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

²⁸ 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.

Quanto ao livramento condicional, o criminoso somente terá direito ao benefício após o cumprimento de dois terços da pena, sendo que é vedada sua concessão ao reincidente específico²⁹.

Assim, o traficante de drogas irá receber uma pena mais gravosa em relação à Lei anterior, tanto na privativa de liberdade, como na de multa. Tal aumento de pena justifica-se diante do aumento da criminalidade em todo o território brasileiro e na busca de uma resposta mais concreta à sociedade, vítima das organizações criminosas que geram tanta violência.

1.2 Figura jurídica do tráfico de drogas

O tipo penal do delito de tráfico ilícito de drogas está disposto no artigo 33 da nova Lei Antidrogas, sendo que anteriormente estava disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976. Assim, faz-se necessário realizar a análise do novo dispositivo, bem como algumas comparações entre a antiga e a nova legislação.

O legislador brasileiro, tanto na legislação anterior quanto na atual, não atribuiu o *nomen juris* de tráfico ilícito de drogas para as condutas descritas nos artigos 12 da Lei n. 6.368/76 e 33 da Lei n. 11.343/2006³⁰. Na atual legislação, apenas descreveu no título do capítulo V a expressão tráfico ilícito de drogas.³¹

Assim, quem incorrer nas ações típicas do artigo 33 até o artigo 37 da lei n. 11.343/2006 estará realizando a traficância, tendo em vista o disposto no título do referido capítulo.³²

²⁹ Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

³⁰ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

³¹ LEAL, João José. Tráfico de drogas e controle penal: nova política criminal e aumento de pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 43, abr./maio, 2007. p. 41

³² O art. 33 é considerado o crime de tráfico de entorpecentes, embora o legislador não lhe tenha atribuído este *nomen juris*, consta do título V – tráfico ilícito de drogas – da lei n.º 11.343/2006. Assim, as condutas descritas no art. 33, “caput”, até o art. 37, são consideradas crimes de tráfico de drogas. THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 67

Sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, não precisando de qualquer condição especial, exceto no que se refere aos verbos prescrever ou ministrar, os quais somente poderão ser exercidos por médicos ou dentistas. Sujeito passivo é a sociedade.³³

Para a configuração do crime não é necessária a ocorrência do dano, bastando que a conduta seja submissa a um dos verbos previstos no tipo penal. Há presunção absoluta em relação ao perigo que o crime causa. Trata-se, portanto, de crime de mera conduta, uma vez que a caracterização da conduta típica decorre da mera realização do fato, independentemente de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses da sociedade.³⁴

O bem jurídico tutelado no delito de tráfico ilícito de drogas é a proteção à saúde pública, uma vez que a venda e o uso de drogas consideradas ilícitas colocam em risco um número indeterminado de pessoas, gerando, desse modo, um perigo a toda sociedade.³⁵

O elemento normativo do tipo penal do delito de tráfico ilícito de drogas está descrito na expressão “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Somente será considerado crime se a conduta praticada pelo agente for sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ou seja, sem autorização do Poder Público.³⁶

O novo dispositivo legal manteve em seu texto os dezoito verbos que já estavam previstos na Lei anterior, quais sejam importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo e fornecer. Trata-se de um tipo misto, podendo configurar o crime apenas a prática de uma das condutas ali previstas, tratando-se, então, de crime único, ou no caso da ocorrência de mais de uma conduta, configurando concurso material.³⁷

Importar é fazer com que a droga entre no território nacional através da transposição física territorial. Exportar é fazer com que a droga saia do país com destino a

³³ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179 – 180.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. p. 715.

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 714.

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 722.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 713.

outro.³⁸ Remeter significa mandar, entregar, enviar, encaminhar, expedir, desde que dentro do país. Preparar consiste na combinação de substâncias para a formação da droga. Produzir é criar, seja em pequena ou em grande escala. Fabricar é a produção em escala e por meio industrial.³⁹ Adquirir é uma forma de obter a propriedade da droga, a título oneroso ou gratuito, é comprar a droga. Essa conduta também está descrita no delito de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da nova Lei. O que diferencia um tipo do outro, no entanto, é o destino da droga, sendo que a consumação do delito só ocorre com a efetiva tradição da droga ao adquirente.⁴⁰ Vender é a alienação da droga, a transferência a terceiros, seja pelo pagamento em dinheiro, seja pela troca por um bem, objeto. Há discussões acerca da possibilidade da tentativa, sendo que o traficante poderá ter vendido a droga, recebido o valor, porém, ainda não ter entregue a droga.⁴¹ Expor à venda é exibir a droga a possíveis compradores, com o objetivo de venda.⁴² Oferecer é sugerir a aquisição, mediante pagamento ou troca, ou a aceitação gratuita. Ter em depósito é reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo.⁴³ Transportar pressupõe algum meio de transporte. Trazer consigo é levar a droga junto a si, sem o auxílio de algum meio de locomoção, o que distingue da conduta de transportar.⁴⁴ Guardar significa manter a vigilância ou ter sob seu cuidado a droga, em nome próprio ou para terceiros. Significa também ocultar a droga, seja para a utilização posterior, no caso do usuário, seja para a finalidade de tráfico.⁴⁵ Prescrever é receitar. Tal conduta é a única que configura crime próprio, uma vez que somente pode ser praticada por profissional que possa receitar a droga, como médico ou dentista.⁴⁶ Ministras também é uma conduta adstrita a determinados profissionais, como farmacêuticos ou enfermeiros. Significa inocular, introduzir, dar para consumir, aplicar a substância no usuário.⁴⁷ Entregar a

³⁸ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 70 - 71.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 718 - 719.

⁴⁰ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 72.

⁴¹ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 73.

⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 719.

⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 719.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 719-720.

⁴⁵ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 74.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 720.

⁴⁷ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 76.

consumo é uma forma genérica de que o legislador utilizou para cercar todas as possibilidades que envolvem entorpecentes e que não se enquadrem em nenhuma das situações já descritas.⁴⁸ Por fim, fornecer significar dar, entregar, sendo que o fornecimento pode ser gratuito, de forma eventual, ou oneroso, constituído em uma venda contínua a determinada pessoa.⁴⁹

Outrossim, algumas modificações foram realizadas em relação à legislação anterior, entre elas a substituição da expressão “substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica” por “droga”, bem como o agravamento das penas, tanto da privativa de liberdade, como a pena de multa, e uma modificação na redação das condutas de “fornecer ainda que gratuitamente” ou “entregar de qualquer forma a consumo” para “entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”.⁵⁰

Nesse sentido:

Verifica-se que a nova descrição típica é mais objetiva, em comparação com o texto do art. 12 da lei revogada. Na verdade, em termos de conteúdo semântico e jurídico, o texto anterior foi objeto apenas de um pequeno ajuste de redação e de sintaxe. No novo dispositivo, a expressão “ainda que gratuitamente” está descrita após a série de verbos. Isso significa que todas essas ações recebem a marca da tipicidade penal e devem ser consideradas crime de tráfico ilícito, mesmo quando praticadas sem o objetivo de lucro. O essencial é que o agente atue com a finalidade de transferir para outro a droga ilícita.⁵¹

Desse modo, nota-se que entre as principais mudanças realizadas no tipo básico do delito de tráfico ilícito de drogas pode-se destacar um pequeno ajuste na ordem de colocação e de descrição de expressões dentro do dispositivo. Tal adequação, ou seja, a descrição da expressão “ainda que gratuitamente” após a redação dos verbos, deu-se para que todas as condutas fossem consideradas tráfico ilícito de drogas, independentemente do objetivo de lucro.

Salienta-se, ademais, que algumas condutas presentes na descrição típica do artigo 33 também estão presentes no artigo 28 da mesma Lei, quais sejam adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo. Para realizar, então, a distinção entre o usuário e

⁴⁸ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 76.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 720.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. . 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 713.

⁵¹ LEAL, João José. Tráfico de drogas e controle penal: nova política criminal e aumento de pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 43, abr./maio, 2007. p. 42.

o traficante, é necessário analisar se a droga é destinada ao consumo pessoal. Assim, será enquadrado no delito de posse de drogas para uso pessoal e não no tráfico de drogas.

É o entendimento de Salo de Carvalho:

Assim, do que se depreende da dogmática penal, a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28). Em não ficando demonstrado este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta do art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo [...].⁵²

Para diferenciar se a conduta será enquadrada como tráfico ilícito de drogas ou como posse de drogas para consumo pessoal, necessário é analisar o dolo do agente, ou seja, se a droga apreendida em seu poder era destinada ao seu consumo pessoal ou para consumo de terceiros, independentemente do objetivo de lucro.

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco dispõem que:

Também não foi consignada no tipo do art. 33 a idéia de mercancia ou destinação da droga a terceiro. O crime se perfectibiliza ainda que a droga seja fornecida de forma gratuita ao consumidor. Trata-se de perigosa técnica legislativa em face da não exigência de elemento subjetivo. Isso porque a forma privilegiada de tráfico do art. 33 contém apenas um único verbo, consistente em 'oferecer' droga para consumir entre amigos. Assim, não se destinado a droga para consumo pessoal do usuário, a hipótese é de tráfico. [...].⁵³

Com efeito, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, deve sempre ser analisada a destinação da droga apreendida e dolo do agente, ou seja, se era destinada ao consumo pessoal, ou então se o seu destino era para o consumo pessoal de outro indivíduo, independentemente da comprovação da mercância.

Deve, ainda ser analisado o parágrafo segundo⁵⁴ do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, o qual dispõe que o juiz deve analisar a natureza e a quantidade da substância

⁵² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010. p. 211.

⁵³ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 67.

⁵⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

§ 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.

apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.⁵⁵

O crime de tráfico ilícito de drogas se consuma pela prática de qualquer um dos verbos descritos no preceito primário do tipo penal, entretanto, algumas condutas são permanentes (guardar, ter em depósito, trazer consigo, expor à venda), sendo que enquanto estiverem sendo praticadas, o momento consumativo prolonga-se no tempo. As demais condutas são instantâneas, consumando-se em um determinado momento. Não se admite a tentativa, em que pese haver posicionamentos contrários, porém minoritários.⁵⁶

O elemento subjetivo do delito é o dolo, admitindo-se o dolo direto e o dolo eventual. O agente, ao praticar o crime, deve ter a vontade de realizar alguma das condutas descritas no tipo penal do artigo 33, sabendo que está agindo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁵⁷

No parágrafo primeiro⁵⁸ do artigo 33 há a figura do tráfico equiparado, ou seja, quem incorrer na figura típica ali descrita sofrerá as mesmas sanções penais previstas para o crime de tráfico ilícito de drogas que está descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Refere Fernando Capez:

⁵⁵ A quantidade de droga é um fator importante, mas não exclusivo para a comprovação da finalidade de uso, devendo ser levadas em consideração todas as circunstâncias previstas no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal o juiz atenderá à natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Caberá ao juiz, dentro desse quadro, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade da droga, mas inúmeros outros fatores. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 704.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4 São Paulo: Saraiva, 2008. p. 721.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 721.

⁵⁸ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

A diferença em relação ao *caput* está no objeto material (matéria-prima, insumo ou produto químico destinado á preparação de drogas), uma vez que as condutas são praticamente as mesmas. Dessa forma, o crime está previsto somente na modalidade dolosa, devendo ser praticado indevidamente, isto é, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁵⁹

Assim, o que diferencia as condutas do *caput* e do inciso primeiro do parágrafo primeiro é o fato de que aquele se refere apenas às drogas, já esse se refere à matéria-prima, ao insumo ou ao produto químico que se destina à preparação da droga.

Nos incisos segundo e terceiro do parágrafo primeiro, também do artigo 33, estão descritas, respectivamente, as condutas de quem semear, cultivar ou fizera colheita de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, bem como de quem utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas.

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco descrevem que:

A lei pune agente que utiliza local de sua propriedade, posse, guarda ou vigilância, ou ainda, consente que outra pessoa se utilize desse local, mesmo que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico de drogas, através do artigo 33, § 1º, III. O local de que fala a lei pode ser móvel (avião, embarcação, automóvel etc.) ou imóvel (casa, hotel, pousada, escola etc.).⁶⁰

Nesse caso, se o sujeito utilizar bem móvel ou imóvel, que seja de sua propriedade, tenha posse, etc., ou consente que outra pessoa se utilize do local, mesmo que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas, estará incidindo nas penas previstas no *caput* do artigo 33.

Já no parágrafo segundo⁶¹ estão dispostas as sanções penais para quem induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga. Neste caso, também há a figura da equiparação, entretanto com menor lesividade social⁶², havendo, deste modo, a previsão de

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 725.

⁶⁰ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 84.

⁶¹ § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

⁶² THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 86.

uma pena privativa de liberdade e multa mais branda em relação às condutas previstas no *caput*.

No que tange ao parágrafo terceiro há a previsão das sanções penais para quem oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem⁶³. Aqui, do mesmo modo, há a previsão de uma pena privativa de liberdade, como de multa, bem inferior aos casos do *caput*, parágrafo primeiro e segundo do artigo 33 da nova legislação.

O parágrafo quarto⁶⁴ trouxe uma inovação legislativa, descrevendo uma causa especial de diminuição de pena, a qual não tinha previsão na Lei anterior. Se preenchidos os requisitos ali previstos, quais sejam, ser o agente primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organizações criminosas, o indivíduo poderá ter uma diminuição em sua pena.⁶⁵

O artigo 34⁶⁶ descreve as condutas consideradas ilícitas em relação ao tráfico de maquinários, instrumentos, aparelhos ou objetos que se destinam à preparação da droga⁶⁷. O artigo 35⁶⁸, por sua vez, prevê a figura da associação criminosa para o tráfico de drogas⁶⁹.

De grande importância foi a criação de uma nova figura típica, a qual está disposta no artigo 36⁷⁰ da nova Lei, qual seja, o financiamento e o custeio do tráfico de drogas.

⁶³ § 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.

⁶⁴ § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

⁶⁵ Neste tópico será feito apenas um breve comentário ao chamado tráfico privilegiado, uma vez que será objeto de análise no último capítulo.

⁶⁶ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 738.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Consoante jurisprudência pacificada do STF e do STJ, o art. 35 configura-se pela efetiva associação, com ideia de estabilidade e permanência, Deve haver “animus” associativo e não mero concurso eventual de pessoas. Assim, o crime de associação para tráfico não depende de apreensão da droga; sua comprovação pode ser feita nos mesmos moldes da quadrilha (art. 228 do Código Penal). Trata-se de crime formal, que se consuma com a demonstração do desígnio de convergência de vontades para traficar droga. THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 97.

⁷⁰ Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Fernando Capez conceitua os verbos financiar e custear, dispondo que “financiar significa proporcionar os meios, emprestar, fornecer bens ou dinheiro. Custear significa pagar as despesas”.⁷¹

Tal dispositivo não estava previsto na legislação revogada, sendo que o objetivo de tal tipo legal é aplicar uma punição a quem detém o poder econômico do crime.⁷²

É o entendimento de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

Antes da *novel* Lei, aquele que financiasse (ou custeasse) o tráfico de drogas (típico ou equiparado) ou de maquinários, respondia pelo mesmo crime que o traficante (muitas vezes na condição de partícipe), porém com sua pena agravada, pela circunstância prevista no art. 61, I, do CP. Com a nova incriminação, percebemos uma exceção pluralista à teoria monista (art. 29 do CP), agora se punindo duas pessoas, que concorrerem para o mesmo crime, com penas diversas (o traficante pelo art. 33 ou 34; e o que sustenta o crime pelo art. 36).⁷³

Conforme o disposto, de acordo com a legislação anterior, o financiamento era criminalizado da mesma forma que o tráfico de drogas. Assim, as sanções eram as mesmas a serem aplicadas, porém com a aplicação da agravante do artigo 61, inciso primeiro, do Código Penal.

O sujeito que financiar ou custear o tráfico de drogas sofrerá as sanções penais previstas no preceito secundário do artigo 36 da Lei, não respondendo pelo delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que não pratica nenhum dos verbos previstos no artigo 33 da nova Lei. Gilberto Thums e Vilmar Pacheco descrevem que “trata-se de crime praticado por agente que não se envolve nas condutas de traficância, permanecendo à distância dos traficantes”.⁷⁴

Há, contudo, casos em que poderá cometer o crime de tráfico de drogas, bem como custear ou financiar a prática do crime. Nos casos da incidência do delito de tráfico, mais o custeio ou financiamento do crime, as sanções a serem aplicadas serão as previstas no artigo 33, com um aumento de pena, que poderá ser de um sexto a dois terços. Nesse caso,

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

⁷¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 746.

⁷² THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 8101.

⁷³ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 208.

⁷⁴ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 105.

o indivíduo não estará incidindo no crime de tráfico e no crime de financiamento ou custeio previsto no artigo 36, mas somente naquele com o aumento de pena já referido.

Cabe referir, ainda, que não poderá ocorrer a incidência do artigo 36 juntamente com a previsão do artigo 40, inciso VII, sob pena de *bis in idem*.⁷⁵ Outrossim, somente incorrerá no crime de financiamento ou custeio para o tráfico de drogas aquele sujeito que contribui na prática criminosa do artigo 33, *caput* e parágrafo primeiro, e do artigo 34.

Acerca do tema:

É importante observarmos que o art. 36 limita o financiar ou o custear aos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, o que, pelo princípio da legalidade, exclui como conduta criminosa autônoma o financiamento dos crimes dos arts. 28, 33, §§ 2º e 3º, 35, 37, 38 e 39. Assim, se financiar os crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 responderá pelo crime do art. 36, se financiar ou custear os demais crimes da Lei 11.343/06, não poderá responder pelo art. 36, mas poderá responder por tráfico majorado – art. 40, VII.⁷⁶

Desse modo, somente poderá sofrer as sanções penais do delito de financiamento ou custeio do tráfico de drogas, quem financiar ou custear os delitos previstos no preceito primário do tipo penal dos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006. Caso contrário, não estará cometendo tal crime, mas sim o crime de tráfico de drogas com a majoração de pena prevista no artigo 40, inciso VII, da Lei n.11.343/2006⁷⁷.

Ademais, nos artigos 37⁷⁸, 38⁷⁹ e 39⁸⁰ estão dispostas as condutas criminosas de quem colaborar com o tráfico como informante; prescrever ou ministrar culposamente drogas; e conduzir embarcação ou aeronave após consumo de droga, respectivamente. Para cada uma dessas condutas típicas, haverá uma sanção penal diversa, seja na pena privativa

⁷⁵ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 105.

⁷⁶ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 103 - 104.

⁷⁷ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

⁷⁸ Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

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

⁷⁹ Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

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

⁸⁰ Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial à incolumidade de outrem:

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

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

de liberdade, seja na de multa, as quais variam de 06 (seis) meses a 06 (seis) anos, em relação a aquela e de 50 (cinquenta) a 700 (setecentos) dias multas, em relação a essa.

Conclui-se, portanto, que ocorreram diversas mudanças em relação à legislação anterior no que diz respeito em relação ao delito de tráfico ilícito de drogas. Ocorreu a substituição de expressões como substância que determine dependência física ou psíquica por drogas, alterações na colocação de expressões dentro do tipo penal, bem como a criação de nova figura típica, no caso o financiador do tráfico, bem como a previsão de causas de aumento e de diminuição de pena.

Assim, a nova legislação procurou dar um tratamento ainda mais repressivo ao comércio ilegal de drogas, aplicando penas mais severas aos traficantes e às pessoas que custeiam e financiam o tráfico, diante da grande expansão do crime pelo país, bem como diante dos graves problemas sociais que o tráfico gera na sociedade.

1.3 Conceito de droga no âmbito da nova Lei Antidrogas

A nova Lei Antidrogas, como já referido no tópico anterior, substituiu a expressão “substância entorpecente que determine dependência física e psíquica” pelo termo “droga”. Desse modo, necessário se faz conceituá-lo dentro da nova legislação.

Primeiramente, cumpre destacar que a Organização Mundial da Saúde define droga como “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento”.⁸¹ Assim, segundo a OMS serão consideradas drogas as substâncias que não forem produzidas pelo organismo humano e que causem alterações no funcionamento ou possuam a capacidade de atuar em qualquer um de seus sistemas.

O legislador brasileiro, a seu turno, estabeleceu no parágrafo único do artigo 1º da nova Lei⁸² que drogas são as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, as

⁸¹ LEITÃO, Luciana Bertini. Da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 e o direito à saúde: análise da realidade do Distrito Federal (de 2006 a 2008). Disponível em <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/luciana_Bertini.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2010.

⁸² Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; 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 e define crimes.

quais devem estar previstas em lei ou então relacionadas em listas do Poder Executivo da União. Já no seu artigo 66, descreve que drogas são substâncias entorpecentes psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial previstas em portaria do Ministério da Saúde.⁸³

Nesse sentido, cabe salientar que as drogas são divididas em lícitas e ilícitas. As primeiras são todas aquelas que podem ser comercializadas legalmente em qualquer estabelecimento, mesmo que causem alguma dependência no consumidor. Dentre elas, podem ser citadas o álcool, o tabaco e os medicamentos.

Drogas ilícitas, por sua vez são aquelas que estão previstas na portaria Ministerial n. 344/98 e que conseqüentemente causam dependência física e psíquica no indivíduo. Assim, para que haja qualquer um dos crimes previstos na Lei n. 11.343, é necessário que a substância apreendida esteja relacionada na referida portaria.

Fernando Capez leciona que as substâncias ou produtos que causam dependência estão relacionados na Portaria n. 344/98, do Serviço de Vigilância Sanitária, que foi republicada em 1º de fevereiro de 1999. Para tanto, para que haja crime de tóxico, é necessário que a substância em questão faça parte do rol de substâncias constante na referido portaria.⁸⁴

Para que o fato seja considerado típico, além de haver a previsão da substância na lista do Ministério da Saúde, essa deve causar dependência física e psíquica, ou seja, deve conter princípio ativo. Nesse sentido:

Não basta, contudo, estar relacionada na Portaria do serviço de vigilância sanitária, sendo igualmente necessário que a substância contenha o princípio ativo, isto é, a aptidão para causar dependência física ou psíquica (comprovável por laudo de exame químico-toxicológico)[...].⁸⁵

Portanto, quando a droga não causar dependência física ou psíquica ou não estiver relacionada na referida portaria, o fato será considerado atípico. Ademais, diante da

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

⁸³ Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas, substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 779.

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. 779.

necessidade de uma portaria Ministerial, a fim de definir quais as substâncias são consideradas drogas, insumo e produto químico, tem-se uma norma penal em branco. Salo de Carvalho salienta que “norma penal em branco é caracterizada por preceitos incompletos que requerem preenchimento por terceiros dispositivos, normalmente de cunho extrapenal (administrativo)”.⁸⁶

Magalhães Noronha salienta que:

Como exemplo destas, cita-se a lei penal em branco. Nela o preceito, quanto ao conteúdo é indeterminado, sendo preciso somente quanto a sanção. É aquele, pois, preenchido por outra disposição legal, por decretos, regulamentos, portarias.⁸⁷

Nesse sentido, sempre que uma norma penal for incompleta quanto ao conteúdo e certa apenas em relação à sanção prevista no preceito secundário, sendo necessária a sua complementação por uma outra norma, está-se diante de uma norma penal em branco. Ainda, Salo de Carvalho ressalta que “a parte integradora do tipo não segue, portanto, o rigoroso procedimento da lei penal. Contudo, produz os mesmos efeitos incriminadores”.⁸⁸

Cumprido salientar que, segundo René Ariel Dotti, as normas penais em branco classificam-se em duas espécies, quais sejam leis penais em branco no sentido amplo e leis penais em branco em sentido estrito. Descreve que “as primeiras se caracterizam quando o complemento é determinado pela mesma fonte legislativa (União)”. Quanto as em sentido estrito, refere que “em relação às outras, o complemento vem de diversa fonte legislativa”.⁸⁹

Para tanto, sempre que a lei penal necessitar de um complemento que provenha de uma mesma fonte formal, legislativa, está-se diante de uma norma penal em branco em sentido amplo. Porém, toda vez que para a complementação da norma penal for necessária a utilização de uma fonte formal diversa, está-se diante de uma norma penal em branco em sentido estrito.

⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 198.

⁸⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 48.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 198.

⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 225.

De suma importância, também, é a análise desse sistema de norma penal em branco adotado pela nova legislação para constatar se este afronta o princípio da legalidade, diante da ausência na Lei da descrição de quais substâncias serão consideradas drogas.

Luis Flávio Gomes entende que:

Em que pese esforço (e praticidade) dessa fórmula, pensamos que ofenderia o princípio da legalidade (mais precisamente da taxatividade ou determinação), trazendo nefasta insegurança ao destinatário da norma. Somente quando o direito for “certo” a ação humana estará garantida.⁹⁰

Nesse sentido, haveria ofensa a tal princípio, porquanto o direito a ser aplicado não é certo, tendo em vista a ausência de exatidão pela própria Lei e pela necessidade de uma outra norma para a sua complementação. Salo de Carvalho ressalta que “percebe-se que a flexibilização do princípio da legalidade, por menor que seja, produz efeito irreversível na base de sistema de garantias ploriferando inúmeras formas de abertura de tipicidade”.⁹¹

Continua o mesmo autor descrevendo que:

A constante variação nas formas de complemento das leis em branco e dos critérios jurisprudenciais e doutrinários na interpretação dos tipos penais abertos permite o diagnóstico dos malefícios deste tipo de técnica legislativa em relação aos direitos e garantias fundamentais, indicando sua questionável constitucionalidade.⁹²

Com efeito, tendo em vista a flexibilização do princípio da legalidade, os tipos penais abertos geram uma afronta aos direitos e garantias dos indivíduos, de modo que seria questionável, também, a sua constitucionalidade. Portanto, essa técnica legislativa adotada na nova Lei Antidrogas ofende tal princípio ao não descrever de forma taxativa no seu texto legal quais substâncias que serão consideradas drogas.

Portanto, o conceito de drogas no âmbito da legislação que dispõe sobre o uso e o tráfico ilícito de drogas deve ser complementada por uma lista atualizada do Poder Executivo. Entretanto, serão consideradas drogas as substâncias que estão relacionadas na portaria n. 344 do Ministério da Saúde. Desse modo, tendo em vista a ausência da

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179 – 180.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 200.

⁹² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 200.

definição correta na Lei do que é droga, tem-se uma norma penal em branco, diante da necessidade de uma complementação da legislação, sendo, que tal técnica afrontaria o princípio da legalidade, o qual deveria ser devidamente respeitado no momento da formulação da Lei.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

As políticas públicas consistem em ações do Estado que buscam solucionar problemas que afetam a sociedade. Essas ações podem ser centralizadas ou então descentralizadas, podendo a sociedade participar da formulação de políticas públicas através do poder local. Já a política criminal, especificamente, busca a criação de normas para a proteção de bens jurídicos, bem como a criação de sanções a serem aplicadas aos que infringirem o ordenamento. Desse modo, para que seja contemplado o assunto-problema que deu origem a presente pesquisa se faz necessário o estudo dessas questões em âmbito brasileiro.

2.1 Das políticas públicas: alguns pressupostos

As políticas públicas⁹³, como disciplina acadêmica e área do conhecimento, surgiram nos Estados Unidos da América, com ênfase no estudo sobre a ação dos governos e não sobre as teorias do papel do Estado, desfazendo, até então, as fases seguidas pela tradição européia. Na Europa, a área da política pública surge com a divisão de trabalhos fundamentados em teses explicativas sobre a função do Estado e do Governo.⁹⁴

Na área do governo, a política pública surgiu, também, nos Estados Unidos da América, durante a Guerra Fria e foi produto da tecnocracia como modo de afrontar seus efeitos. Ademais, foi introduzida por Robert McNamara, como ferramenta para as decisões do governo, o qual contribuiu para a criação, em 1948, da RAND Corporation, organização não governamental financiada por recursos públicos.⁹⁵

⁹³ São considerados fundadores da área das políticas públicas H. Laswell (1936), H. Simon (1957), C. Lindblom (1956;1979) e D. Esaton (1965).

⁹⁴ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006.p. 21 – 22.

⁹⁵ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 22 – 23.

O trabalho de diversos estudiosos, das demais áreas das ciências exatas, sociais, entre outras, baseados pela chamada Teoria dos Jogos⁹⁶, mostrou como um duelo poderia ser dirigido como um jogo racional. Assim, a implantação de métodos científicos às formulações e decisões de problemas públicos por parte do governo, amplia-se para outras esferas da produção governamental, até mesmo para a política social.⁹⁷

Na América Latina, por sua vez, o tema começa a ter relevância em meados da década de 80, quando passou a ser utilizado para dimensionar formas de desenvolvimento da democracia institucional. As políticas públicas eram influenciadas pelo progresso dos direitos econômicos e pela necessidade de concretização de direitos econômicos e sociais.⁹⁸

Desse modo, as políticas públicas surgiram em face da luta da sociedade pela efetivação de direitos para uma melhoria na qualidade de vida, exercendo a democracia e cumprindo com a sua função na participação política.⁹⁹

Outrossim, para melhor compreender a atuação do Estado através das chamadas políticas públicas, bem como a sua finalidade, necessário se faz realizar uma breve conceituação. Celina Souza descreve que o conceito mais conhecido é o de Laswell, que afirma que “decisões e análises sobre política pública implicam em responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”.¹⁰⁰ Para tanto, entende-se políticas públicas como sendo ações do Estado, que age através do governo, com a finalidade de atender as necessidades da sociedade, diminuir a desigualdade social e garantir a justiça.¹⁰¹

Nesse mesmo sentido descrevem Ricardo Hermany e Claudine Freire Rodem Busch:

⁹⁶ A teoria de jogos consiste em uma forma de matemática de resolver questões que envolvem mais de um tomador de decisões. BARRETO, Larissa Santana et al. *Uma Introdução a teoria dos jogos*. Disponível em <<http://www.mat.puc-rio.br/~hjbortol/bienal/M45.pdf>> Acesso em 13 de setembro de 2010.

⁹⁷ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 22.23.

⁹⁸ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 172.

⁹⁹ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 78.

¹⁰⁰ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 24.

¹⁰¹ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010p. 79.

Nesse sentido, as Políticas públicas devem ser a expressão pura e genuína do interesse geral da sociedade, o que, num processo legítimo, pressupõe seja a demanda social auscultada em instâncias democráticas, enfrentada de forma realística pela instituição formuladora e solucionada à luz do possível consenso entre os atores sociais a partir de eficaz fluxo de informações.¹⁰²

Assim, a política pública é uma ação coletiva, com o objetivo de dar respostas às demandas que surgem na sociedade, sendo que tais ações são criadas pelo Estado como uma forma de retorno.¹⁰³ Nessa área, diversos modelos foram criados para melhor entender como e porque o governo realiza alguma ação que repercutirá na vida da sociedade e dos cidadãos, aos quais são direcionadas.¹⁰⁴

Entre os principais modelos, citam-se o Incrementalismo, Tipo da Política Pública, O Ciclo da Política Pública, o modelo Garbage Can, Colisão de Defesa, Arenas Sociais, Equilíbrio Interrompido e os modelos influenciados pelo novo Gerencialismo Público e pelo Ajuste Fiscal.

O Incrementalismo foi desenvolvido por Lindblom (1979), Caiden e Wildavsky (1980) e Wildavsky (1992), os quais argumentam que os programas públicos baseiam-se em decisões marginais e incrementais, não partindo do zero, desconsiderando alterações políticas ou mudanças substantivas nos programas públicos.¹⁰⁵ Jandir Pauli descreve que o Incrementalismo “argumenta que as políticas públicas não fazem mudanças significativas nos programas públicos, mas apenas decisões marginais”.¹⁰⁶

O modelo denominado *O Tipo da Política Pública* foi desenvolvido por Theodor Lowi (1964; 1972), que elaborou talvez a tipologia mais conhecida sobre políticas públicas: a política faz a política. Para este tipo de modelo, as políticas públicas irão enfrentar as mais diversas formas de aceitação e de rejeição e que os conflitos em volta de suas decisões passam por campos diferenciados.¹⁰⁷

¹⁰² HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 83.

¹⁰³ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 84.

¹⁰⁴ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 28.

¹⁰⁵ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 29.

¹⁰⁶ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. *Gestão Local e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 176.

¹⁰⁷ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 28.

Igualmente, *O Ciclo da Política Pública* está interessado em entender porque determinados assuntos entram na agenda política e outros não, destacando os atores que interferem na sua elaboração.¹⁰⁸ Celina Souza salienta que “o ciclo da política pública é constituído nos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação”.¹⁰⁹

Garbage Can ou então “lata de lixo” foi elaborado por Cohen, March e Oslen (1972), para quem as escolhas das políticas públicas são desempenhadas como se as alternativas estivessem em uma lata de lixo, ou seja, segundo os autores, há diversos problemas e poucas soluções, que, além de escassas, ainda dependem da postura dos decisores políticos (policy makers) no momento.¹¹⁰

Nesse sentido:

O modelo “*Garbage Can*”, cuja tradução significa “lata de lixo”, propõe que os decisores políticos (policy makers) tomam suas decisões a partir de escolhas aleatórias (como se retirassem demandas de latas de lixo), levando em consideração os recursos disponíveis para resolvê-los.¹¹¹ (grifos do autor)

Assim, para este modelo de políticas públicas, para que sejam tomadas certas decisões, os agentes políticos levam em consideração os recursos que estão disponíveis, para então resolver determinada situação.

O modelo denominado *Coalizão de Defesa (advocacy colatition)* foi elaborado por Sabatier e Jenks-Smith (1993).¹¹² Jandir Pauli salienta que “cada política pública é um sistema de um modelo geral e é estruturada a partir de várias coalizões que negociam, em um ambiente estável, a extensão e a envergadura de determinada política pública”.¹¹³

Ainda, Celina Souza dispõe:

¹⁰⁸ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 176.

¹⁰⁹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 29.

¹¹⁰ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 30.

¹¹¹ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 176.

¹¹² SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 31.

¹¹³ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 176.

Política pública deveria ser concebida como um conjunto de subsistemas relativamente estáveis, que se articulam com os acontecimentos externos, os quais dão os parâmetros para os constrangimentos e os recursos de cada política pública.¹¹⁴

Esse modelo contraria os argumentos adotados pelo *Garbage Can* e pelo Ciclo da Política Pública, em virtude da pouca aptidão explicativa sobre o porquê as transformações acontecem nas políticas públicas.¹¹⁵

No modelo das *Arenas Sociais*, para que um fato ou circunstância se transforme em um determinado problema, é necessário que a população se convença que algo precisa ser feito, ou seja, precisa ocorrer uma mudança. É quando os decisores políticos do governo passam a dar mais atenção a determinados fatos e a rejeitar outros.¹¹⁶ Ainda, os chamados empreendedores da política, articulados em redes sociais, são responsáveis pelo convencimento da população em relação a determinado problema, bem como pela sua colocação em primeiro lugar na agenda do governo.¹¹⁷

Pauli define o modelo do *Equilíbrio Interrompido* – criado por Baumgartner e Jones (1993), fundamentado em elementos de biologia e computação - como “para o qual políticas públicas que provocam mudanças estruturais são precedidas de longos períodos de estabilidade em que a mídia tem função importante na construção da imagem sobre determinada política (*policy image*)”.¹¹⁸ Para os autores, esse modelo permite perceber como um sistema de política pode atuar mantendo sempre o mesmo status, ou então, passar por alterações mais aprofundadas nas políticas públicas, sendo que a mídia possui um papel importante para construção de determinada política pública.¹¹⁹

Por fim, com base nos modelos influenciados pelo *Gerencialismo Público* e pelo *Ajuste Fiscal*, novos formatos de políticas públicas foram adotados por diversos governos,

¹¹⁴ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 31.

¹¹⁵ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 31.

¹¹⁶ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006p. 32.

¹¹⁷ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 176.

¹¹⁸ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 176

¹¹⁹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 33.

todos focados na procura pela eficiência, sendo esse o seu principal objetivo, juntamente com a credibilidade e a delegação para órgãos com independência política.¹²⁰

Para esse modelo, o elemento discricionalidade fica minimizado, eis que delegadas funções para outros órgãos independentes, tendo em vista a confiança que esses passam, bem como a experiência de seus membros e para não sofrer influências em períodos eleitorais, podendo dar continuidade ao seu trabalho. O elemento credibilidade ganha destaque, diante da possibilidade de normas já serem pré-anunciadas, o que é mais competente do que o domínio arbitrário que os políticos possuem sobre as políticas públicas. Já a eficiência baseia-se na ideia de que a política pública não pode ser resultado da disputa entre grandes grupos e sim, de uma apreciação lógica, coerente.¹²¹

Após a análise do surgimento das políticas públicas, bem como dos modelos mais adotados e estudados, necessário se faz realizar uma breve análise de como se desenvolveu as políticas públicas no Brasil, tendo em vista que o tema é muito recente em todo o mundo.

Primeiramente, cumpre salientar que entre a década de 30 até os dias de hoje o Brasil passou por uma grande transformação. No início do século XX, o Brasil era um país extremamente agropastoril, sendo que a maioria de sua população vivia na área rural e sobrevivia de recursos provenientes da agricultura, pecuária, ou seja, de recursos ligados diretamente à vida no campo. Em meados da década de 80, contudo, tal cenário se modificou. O Brasil passou a ser um país mais urbano e a maioria de sua população já se encontrava na zona urbana. Isso ocorreu devido ao processo de industrialização que foi empregado no país.¹²²

Desse modo, as características que marcavam o Brasil entre as décadas de 20 e de 80 era um caráter autoritário, conservador, centralizador e desenvolvimentalista. Pensava-se apenas no desenvolvimento e não nas transformações das relações da sociedade.¹²³

Com a redemocratização do país, com a retomada das eleições e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, o Brasil

¹²⁰ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 34.

¹²¹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 34-35.

¹²² BACELAR, Tânia. *As políticas públicas no Brasil: heranças, tendências e desafios*. Disponível em <http://www4.fct.unesp.br/grupos/gedra/textos/Texto1_politicas_publicas_no_br_TaniaBacelar.pdf> Acesso em 13 de agosto de 2010.

¹²³ BACELAR, Tânia. *As políticas públicas no Brasil: heranças, tendências e desafios*. Disponível em <http://www4.fct.unesp.br/grupos/gedra/textos/Texto1_politicas_publicas_no_br_TaniaBacelar.pdf> Acesso em 13 de agosto de 2010.

deixou de ser um país autoritário e ditador, e os direitos econômicos, sociais e culturais, que foram objeto de tanta luta pela sociedade, foram devidamente efetivados na Constituição.¹²⁴

Diante da previsão dos direitos sociais, econômicos e culturais na Carta Magna brasileira, o governo passou a realizar políticas sociais que buscavam concretizar tais direitos aos cidadãos brasileiros.

Entretanto, com a nova Constituição e tendo em vista que cada ente federado era independente, a aplicação de políticas públicas passou ser feita por cada um deles, isoladamente, estando prevista também na Constituição de cada Estado e na Lei Orgânica de cada município, autônomo para realizar as ações que julgar necessário.¹²⁵ Assim, as políticas públicas sofreram também um processo de descentralização, uma vez que a Constituição passou a possibilidade aos Estados e Municípios aplicarem os seus recursos de forma que achem adequadas.

Outrossim, a Constituição de 1988 trouxe outra importante inovação referentes às políticas públicas. Tal inovação consiste na possibilidade de participação da sociedade, a qual está disposta no artigo 204¹²⁶ da Constituição Federal de 1988, através do chamado terceiro setor, quais sejam, as organizações não-governamentais, sem fins lucrativos.¹²⁷

Destaca-se, ademais, após o estudo do surgimento e dos principais modelos, que para a criação de uma política pública que busca o combate e a prevenção às drogas, vários são os modelos que poderão ser utilizados, dentre os quais menciona-se como os mais adequados: O Tipo da Política Pública, O Ciclo da Política Pública, o Incrementalismo, o Equilíbrio Interrompido e os modelos influenciados pelo Gerencialismo Público e pelo

¹²⁴ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 172 - 173.

¹²⁵ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 84 – 85.

¹²⁶ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

¹²⁷ WESCENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do terceiro setor. In: Costa, Marli M. M. da. (Org.). *Direito, cidadania e políticas públicas II: direito do cidadão e dever do Estado*. Porto Alegre: Free Pass, v. 2, 2007. p.306

Ajuste Fiscal. Tais modelos poderão ser adotados de acordo com a finalidade e os objetivos que o governo busca atingir com a criação de determinada política pública, levando em conta as alternativas que cada um dispõe.

A área da política pública surgiu, portanto, na metade do século XX nos Estados Unidos da América, ganhando importância no Brasil a partir da década de 80, tendo em vista o processo de redemocratização que o país passou e a promulgação da nova Constituição Federal, para a devida efetivação e aplicação dos direitos e garantias aos cidadãos, aos quais tem direito. Para tanto, ocorreu um processo de descentralização das políticas públicas, as quais consistem em ações do governo que visam concentrar recursos para melhorar a vida da população, uma vez que os entes federados possuem autonomia para aplicar tais recursos, bem como prevê a possibilidade de participação da sociedade civil em sua aplicação.

2.2 Descentralização de políticas públicas no Brasil: a reafirmação do poder local

Antes de adentrar na descentralização das políticas públicas no Brasil, é necessário entender, primeiramente, como ocorreu a descentralização do poder no país, bem como entender o que significa centralização e descentralização, em relação à administração pública.

O Estado pode exercer as atividades que lhe são atribuídas, ou então prestá-las através de outros sujeitos. Assim, quando prestar os serviços que são de sua competência, diz-se que a atividade é centralizada e, ao contrário, quando atribui a outro a competência para fazê-lo, ocorre o fenômeno da descentralização.¹²⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello descreve que “na Centralização o Estado atua diretamente por meio de seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que por isto dela não se distinguem”.¹²⁹ Quanto à descentralização, salienta o doutrinador:

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 135.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 146.

[...] O Estado tanto pode prestar por si mesmo as atividades administrativas, como pode desempenhá-las por via de outros sujeitos, caso em que estará perante a chamada descentralização. Anotou-se ainda, que nesta hipótese ora o Estado transfere o **exercício** de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados.¹³⁰ (grifo do autor)

Desse modo, a administração pública pode transferir sua competência para outro sujeito de direito, através da chamada administração indireta, para que esses exerçam as atividades que lhe eram atribuídas, sendo que tais sujeitos são distintos e autônomos, gerando, assim, a figura da descentralização.¹³¹

Faz-se significativo, também, diferenciar descentralização e desconcentração, para uma melhor compreensão do que significa cada fenômeno. O fenômeno da desconcentração também consiste na transferência de certas atividades da administração pública para outros sujeitos de direito, entretanto, não ocorre a criação de entes da administração indireta, mas sim a criação de outros órgãos dentro da própria administração.

Marçal Justen Filho descreve que:

A necessidade impõe, em primeiro lugar, a desconcentração das competências administrativas. É materialmente impossível que o Chefe do Poder Executivo desempenhe todas as funções administrativas. Por isso, produz-se a criação de outros órgãos administrativos ao interno do ente público. São criados os Ministérios e outras repartições públicas.¹³²

Assim, toda vez que a administração pública criar outros entes para exercer as atividades que são de atribuição do chefe do Poder Executivo, uma vez que esse não consegue exercer sozinho todas as funções – mesmo que tais órgãos pertençam ao próprio ente político – se está diante da desconcentração.

Ainda, nesse sentido:

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153.

A diferença entre as duas figuras (desconcentração e descentralização) reside em que o mecanismo da descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um outro sujeito de direito distinto e autônomo. Portanto, a descentralização produz um número maior de sujeitos titulares dos poderes públicos. Já o processo de desconcentração mantém os poderes e atribuições na titularidade de um mesmo sujeito, gerando efeitos meramente internos (em virtude da partilha dos poderes e competências de titularidade de um único sujeito entre uma pluralidade de órgãos).¹³³

Com efeito, a distinção é clara no âmbito do direito administrativo, de modo que a descentralização e a desconcentração não podem ser confundidas, uma vez que são figuras diferentes e atribuem a realização de certas atividades administrativas a sujeitos diversos.

Realizada uma breve distinção entre descentralização e desconcentração, necessário se faz compreender como ocorre a descentralização das políticas públicas, definida por Tulia Falleti como:

A descentralização é um processo de reforma do Estado, composta por um conjunto de políticas públicas que transfere responsabilidades, recursos ou autoridades de níveis mais elevados do governo para níveis inferiores, no contexto de um tipo específico de Estado.¹³⁴

Conforme tal definição, conclui-se que toda vez que o Estado transferir responsabilidades, recursos ou autoridades de grau superior para outros de grau inferior, como a União transferir para os Estados ou Municípios, está ocorrendo a descentralização.

Podem ser elencados três tipos existentes de descentralização: a administrativa, a política e a fiscal. A descentralização administrativa consiste num conjunto de políticas que transfere a direção e o fornecimento de serviços sociais aos governos subnacionais. A política transfere autoridade política ou capacidade eleitoral para atores subnacionais, baseadas em um conjunto de emendas constitucionais e em reformas eleitorais. Já a descentralização fiscal é um conjunto de políticas com a finalidade de majorar os ganhos ou a autonomia fiscal dos governos subnacionais.¹³⁵

De outro lado, antes da década de 80, o país foi marcado pela imposição de um governo centralizado e ditador, o qual tentava centralizar todas as suas ações e finanças no

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

¹³⁴ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 60.

¹³⁵ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006. p. 61-62.

âmbito federal, não repassando aos Estados e Municípios. Entretanto, com as eleições diretas para governador e logo após para Presidente da República, bem como tendo em vista a promulgação da nova Constituição Federal, tal cenário passou por diversas mudanças. O país se distanciou desse governo desenvolvimentista e viu ocorrer uma expressiva descentralização de recursos financeiros e da prestação de serviços sociais para os outros entes da federação.¹³⁶

Ressalta, ainda, Tulia Felletti:

Conquanto historicamente o Brasil tenha tido uma estrutura de governo descentralizada, o processo de descentralização pós-desenvolvimentista aumentou ainda mais os recursos financeiros, a responsabilidade pela formulação de políticas públicas e a autoridade política dos governos subnacionais, o que mostra que não existe limite estrutural de quanto poder pode ser transferido para as unidades subnacionais.¹³⁷

Com efeito, com a descentralização pós-desenvolvimentalista, os recursos financeiros e a responsabilidade dos municípios e dos estados pela formulação de políticas públicas sofreu significativo aumento, o que demonstra que não há limite quanto à transferência de poder pela União aos outros entes.

No Brasil, o processo de descentralização passou por três fases, sendo a primeira a política, após a fiscal por último a descentralização administrativa. A descentralização política foi marcada pela Emenda Constitucional n. 15, a qual revogou o Ato Institucional n. 3 de 1966 e parte do pacote Abril de 1977, estabelecendo a eleição direta para governadores. Assim, com essa nova forma de eleição, foi estabelecida uma independência cada vez maior dos Estados em relação à União, de modo que aumentou o interesse dos governos subnacionais na política nacional.¹³⁸

Após, diante da ocorrência da descentralização política, um grande marco foi a descentralização fiscal, onde, em decorrência da Emenda Constitucional n. 23, de 1983, aumentou-se a transferência de recursos federais aos Estados, Municípios, Territórios e ao Distrito Federal, através do Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios. Ademais,

¹³⁶ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez.,2006. p. 46.

¹³⁷ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez.,2006. p. 46-47.

¹³⁸ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez.,2006. p. 70-71-73.

outra medida foi adotada através da Emenda Constitucional n. 27, a qual aumentou ainda mais a transferência de recursos aos Estados e Municípios, bem como a sua capacidade de arrecadação. Assim, a descentralização fiscal atingiu o auge com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde se estabeleceu regras do federalismo fiscal para beneficiar a autonomia subnacional.¹³⁹

A descentralização administrativa teve seu marco no Brasil através da área da saúde, onde ativistas defendiam a descentralização dessa área para nível municipal, bem como manifestavam por um sistema de saúde que fosse para todos os cidadãos, com cobertura universal e totalmente financiado por recursos públicos, sendo que em virtude dessas solicitações surgiu o Sistema Único de Saúde. Assim, a maior parte da administração do sistema de saúde no fim da década de 80 estava sob poder dos municípios e uma pequena parte com a União. Já a descentralização do financiamento do sistema ocorreu na década de noventa, passando, gradativamente, aos municípios e aos estados.¹⁴⁰

Na Constituição Federal de 1988 a questão da descentralização das políticas públicas está prevista no artigo 204¹⁴¹, o qual dispõe que cabe a União estabelecer normas gerais e aos estados e municípios a coordenação e a execução dos programas na área social, as quais serão custeadas com recursos provenientes do orçamento da seguridade social, bem como que a sociedade civil poderá participar na criação de políticas e de controle das ações em todos os níveis da federação, através de organizações representativas.

Percebe-se que, tendo em vista essas possibilidades, está-se diante de um caso de descentralização das políticas públicas, cabendo os Estados e Municípios a coordenação e

¹³⁹ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez.,2006. p. 74-75.

¹⁴⁰ FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez.,2006. p. 78-79.

¹⁴¹ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

execução de programas sociais e competindo à União apenas a criação de normas gerais. Ademais, o cidadão é estimulado na busca pela democracia e no exercício de sua cidadania, tendo em vista que o Estado pode transferir à sociedade a possibilidade de participação na formulação de políticas públicas.¹⁴²

Sobre a questão da descentralização das políticas públicas ao chamado terceiro setor:

O que se propõe não é excluir, nem eximir o Estado de suas responsabilidades; pelo contrário, ele deve estar presente como gestor dos interesses do Terceiro Setor, monitorando e promovendo uma relação de integração, em vista da necessidade de aproximar as decisões dos cidadãos, no local onde eles vivem e convivem com os demais, buscando combinar a democracia representativa com a participativa para a efetiva implantação de políticas públicas.¹⁴³

Desse modo, o que se pretende não é eximir o Estado de sua responsabilidade e sim fazer com que a sociedade se faça presente na implantação e na execução de políticas públicas, havendo uma integração entre ambos e fazendo com que a população se torne mais próxima das decisões e com o meio em que vive.

De outro lado, cumpre destacar que, diante da necessidade de aplicação de recursos públicos, bem como pela grande demanda dirigida aos entes da Federação, para que se possa dar uma melhor condição de vida à sociedade surge a figura do Poder Local.¹⁴⁴ Para Jefferson DALL’AGNOL e Nidal Khalil Ahmad “o Poder Local afirma-se como instrumento de atuação na escolha dos rumos de cada comunidade, e como fonte e palco de estabelecimento do verdadeiro ‘celeiro’ à construção de uma sociedade mais digna e justa”.¹⁴⁵

Nesse sentido, o Poder Local será utilizado como um modo para a escolha e a aplicação de políticas públicas, dando direção a toda a sociedade, que busca ser mais digna e justa. Assim, poderá participar do poder de decisão da efetivação de benefícios, aos quais

¹⁴² WESCENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do terceiro setor. In: Costa, Marli M. M. da. (Org.). *Direito, cidadania e políticas públicas II: direito do cidadão e dever do Estado*. Porto Alegre: Free Pass, v. 2. 2007. p.313.

¹⁴³ WESCENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do terceiro setor. In: Costa, Marli M. M. da. (Org.). *Direito, cidadania e políticas públicas II: direito do cidadão e dever do Estado*. Porto Alegre: Free Pass, v. 2. p. 2007. 307.

¹⁴⁴ AHMAD, Nidal khalil. DALL’AGNOL, Jefferson. O Ministério Público como indutor de políticas públicas: uma análise sob o enfoque do poder local. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR. 2010. p. 188.

¹⁴⁵ AHMAD, Nidal khalil. DALL’AGNOL, Jefferson. O Ministério Público como indutor de políticas públicas: uma análise sob o enfoque do poder local. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR. 2010. p. 188.

necessita. Para tanto, Jefferson DALL’Agnol e Nidal Khalil Ahmad apontam a lição de Ladislau Dowbor, que destaca que “ é indiscutível que aproximar o poder de decisão e de controle das pessoas que arcarão com o benefício ou prejuízo, e que estão, portanto, diretamente interessadas nos resultados, constitui simplesmente boa política administrativa”¹⁴⁶.

Referindo ainda ao mesmo autor, mencionam que o Poder Local é um sistema organizado em um espaço limitado, onde há uma participação da sociedade nas decisões que são tomadas, e conseqüentemente um aumento da aptidão para administrar por parte do agente administrativo e ainda o desenvolvimento da comunidade, através da participação nas decisões econômicas e sociais.¹⁴⁷

Com efeito, o Poder Local possibilita uma capacidade de administração abrangente e de criação da comunidade, uma vez que busca a participação da população nas deliberações orçamentárias e nas questões ligadas ao desenvolvimento social e econômico.

Janaína Rigo Santin e Deborah Hartmann Flores ressaltam que, diante da autonomia dada aos municípios com a Constituição Federal de 1988 – que busca a descentralização dos poderes contemplando a administração pública com competências diversas – foi deslocada para o nível local a discussão sobre a busca de soluções para os mais variados problemas que atingem determinada comunidade.¹⁴⁸

Aduzem ainda que:

Trata-se da elevação da categoria sociológica do poder local para o âmbito jurídico e político brasileiro, a qual busca aliar a descentralização com a participação popular no exercício do poder político, inaugurando uma forma mais democrática de gestão pública, aliada aos principais objetivos da Constituição Federal e do Estado democrático de direito brasileiro.¹⁴⁹

Com efeito, a descentralização da atividade administrativa através do Poder Local, tendo em vista a autonomia dada aos municípios ao se tornarem membros da federação,

¹⁴⁶ AHMAD, Nidal khalil. DALL’AGNOL, Jefferson. O Ministério Público como indutor de políticas públicas: uma análise sob o enfoque do poder local. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR. 2010. p. 193

¹⁴⁷ AHMAD, Nidal khalil. DALL’AGNOL, Jefferson. O Ministério Público como indutor de políticas públicas: uma análise sob o enfoque do poder local. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR. 2010. p. 194

¹⁴⁸ FLORES, Deborah Hartmann. SANTIN, Janaína Rigo. A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o estatuto da cidade. In: Costa, Renata Almeida da (Coord.). *Justiça do Direito*, Passo Fundo: Universitária, n. 1, v. 20, 2006. p. 65.

¹⁴⁹ FLORES, Deborah Hartmann. SANTIN, Janaína Rigo. A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o estatuto da cidade. In: Costa, Renata Almeida da (Coord.). *Justiça do Direito*, Passo Fundo: Universitária, n. 1, v. 20, 2006. p. 65.

garante à sociedade um modo democrático de participação na aplicação dos recursos públicos, uma vez que visa seu correto emprego nas reais necessidades de cada localidade.

Jefferson Dall’Agnol e Nidal Khalil Ahmad enfatizam:

Observa-se, em tal senda, que em nível local é que são identificadas com clareza as principais ações retributivas, dependentes de soluções a partir de intervenções de atores sociais identificados com os assuntos de sua própria comunidade, sem que haja, por certo, mediação de grandes estruturas políticas.¹⁵⁰

Assim, é através da comunidade, que participa da escolha, é que são identificadas quais ações que são necessárias, bem como a melhor forma para a sua aplicação, sem a interferência da composição política.

Destaca-se ainda, que o cidadão, ao participar da formação de políticas públicas, através do Poder Local, estará construindo e efetivando a cidadania¹⁵¹. Assim, a sociedade civil estará exercendo os seus direitos dentro de um Estado democrático de direito, desempenhando uma cidadania ativa e participando de forma argumentativa e crítica na criação das políticas públicas.¹⁵²

Na mesma senda, o que se pretende com a participação da sociedade é a busca por um novo Estado, reorganizado, com fundamento na descentralização das políticas públicas, fazendo com que o cidadão exerça efetivamente a sua cidadania na forma de um ator social, para a criação de novas políticas públicas e para a efetivação dos direitos fundamentais que lhe são garantidos.¹⁵³

Ricardo Hermany, Diogo Frantz e Dartagnan Limberger Costa descrevem, ainda, sobre a importância dos municípios para as políticas públicas e para o exercício da cidadania:

¹⁵⁰ AHMAD, Nidal khalil. DALL’AGNOL, Jefferson. O Ministério Público como indutor de políticas públicas: uma análise sob o enfoque do poder local. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 193

¹⁵¹ Alexandre de Moraes apresenta a seguinte definição: “Cidadania representa um status e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

¹⁵² COSTA, Dartagnan Limberger. FRANTZ, Diogo. HEMANY, Ricardo. In: Costa, Marli M. M. da. Rodrigues, Hugo Thamir (Org.). As prerrogativas da cidadania ativa na construção de um espaço democrático. *Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009. p. 122 – 123.

¹⁵³ COSTA, Dartagnan Limberger. FRANTZ, Diogo. HEMANY, Ricardo. In: Costa, Marli M. M. da. Rodrigues, Hugo Thamir (Org.). As prerrogativas da cidadania ativa na construção de um espaço democrático. *Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009. p. 127.

O município é sem dúvida o campo mais propício para o desenvolvimento da cidadania, visto ser, em seu habitat natural, o qual aproxima o cidadão das questões que lhe são inerentes, bem como aproxima o cidadão dos seus governantes locais, sendo um meio facilitador para o desenvolvimento da participação.¹⁵⁴

Desse modo, o município se mostra como espaço adequado para o exercício da cidadania, diante da proximidade do cidadão com a administração pública, o que facilita o desenvolvimento da participação da sociedade no implemento das políticas públicas, as quais buscam soluções para determinadas situações que atingem a coletividade.

Nesse sentido, o cidadão não deve ser apenas mero destinatário das políticas públicas, mas deve, sim, participar das suas formulações, através do exercício da cidadania ativa, havendo, dessa forma, uma influência mútua entre a sociedade e o poder público, de modo que o espaço local é o campo mais adequado para que haja essa participação.¹⁵⁵

Por fim, mencionam que:

[...] A cidadania é parte de uma série de direitos e deveres do indivíduo diante da sociedade e do Estado, os quais resultam a democracia. Portanto a cidadania ativa é fundamental para a democracia, pois é ela que irá exercer a fiscalização das instituições públicas.¹⁵⁶

Com efeito, o exercício da cidadania ativa é de extrema importância, uma vez que o cidadão estará fiscalizando as instituições públicas, o que faz parte de seus direitos e deveres perante a sociedade e o Estado e constitui conseqüentemente, a democracia.

Conclui-se, portanto, que a descentralização das políticas públicas no Brasil é recente, principalmente com a promulgação da atual Constituição Federal. Os primeiros modos de descentralização que ocorreram foram: a política, a fiscal e por último a administrativa. Diante das diversas transformações que o país sofreu, a Constituição abriu a possibilidade de descentralização dos recursos aos demais entes federados, bem como a descentralização das políticas públicas, através da participação da sociedade pelo chamado Poder Local.

¹⁵⁴ COSTA, Dartagnan Limberger. FRANTZ, Diogo. HEMANY, Ricardo. In: Costa, Marli M. M. da. Rodrigues, Hugo Thamir (Org.). As prerrogativas da cidadania ativa na construção de um espaço democrático. *Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009 p. 128.

¹⁵⁵ COSTA, Dartagnan Limberger. FRANTZ, Diogo. HEMANY, Ricardo. In: Costa, Marli M. M. da. Rodrigues, Hugo Thamir (Org.). As prerrogativas da cidadania ativa na construção de um espaço democrático. *Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009. p. 129.

¹⁵⁶ COSTA, Dartagnan Limberger. FRANTZ, Diogo. HEMANY, Ricardo. In: Costa, Marli M. M. da. Rodrigues, Hugo Thamir (Org.). As prerrogativas da cidadania ativa na construção de um espaço democrático. *Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009p. 130.

Assim o Poder Local é o campo mais adequado para a efetivação das políticas públicas, tendo em vista a sua proximidade com a sociedade, a qual estará exercendo a sua cidadania ativa, fiscalizando o poder público e conseqüentemente contribuindo para que haja democracia.

2.3 Política criminal

A política criminal¹⁵⁷ é um conjunto sistemático de princípios e regras¹⁵⁸, os quais buscam a prevenção e a repressão da criminalidade, através do Estado. Franz von Liszt levou a política criminal ao nível de disciplina científica, criando-a como um conjugado de critérios para uma ação determinante em desfavor do crime.¹⁵⁹ Assim, Salo de Carvalho comenta que para Liszt a política criminal surgiu no início do século XVIII na Itália, com a chegada da obra de Beccaria com a sua apreensão com o teor legislativo que por finalidade de prevenção de crimes, bem como com as formas mais eficientes de precaução em relação à ocorrência do delito.¹⁶⁰

Antes de estudar a política criminal, para melhor compreendê-la e entender qual a sua ligação com o direito penal e a criminologia, far-se-á um breve análise sobre o significado dessas outras duas ciências da área penal.

Cezar Roberto Bitencourt define o direito penal como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.¹⁶¹ Magalhães Noronha, por sua vez, define como sendo “um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.”¹⁶² Nesse sentido, entende-se o direito penal como o conjunto de normas que determinam quais os fatos que serão considerados infrações penais e quais as penas que

¹⁵⁷ Teve maior desenvolvimento na Alemanha, em que pese ser a Itália apontada como o país em que teve origem¹⁵⁷ e está diretamente ligada com a Criminologia e o Direito Penal. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17.

¹⁵⁸ DOTTL, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 74.

¹⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Reflexões sobre as bases da política criminal*. Disponível em <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_VI_111_121.pdf> Acesso em 22 de agosto de 2010.

¹⁶⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 87.

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 02.

¹⁶² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34 ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 04.

serão aplicadas a quem os praticar, e principalmente e sobretudo limita o poder punitivo do Estado.

Luis Régis Prado descreve que:

Do ponto de vista objetivo, o Direito Penal (*jus poenale*) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também, a sua aplicação. Já em sentido subjetivo (*jus puniendi*), diz respeito ao direito de punir do Estado (princípio da soberania), correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito. Fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais de garantia.¹⁶³ (grifos do autor)

Desse modo, o direito penal cria as normas que definem as ações que serão consideradas como delito, bem como as penas e medidas de segurança que serão aplicadas pelo Estado a quem cometer determinado crime, em virtude da sua capacidade punitiva e da sua soberania.

Aliada a essa perspectiva dogmática, tem-se a criminologia, sobre a qual comenta Luis Regis Prado: “tem-se conceituado a criminologia como a ciência que estuda a infração enquanto fenômeno social, abrangendo a sociologia jurídica, a etiologia criminal e a penologia”.¹⁶⁴ René Ariel Dotti, por sua vez, descreve que “a criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que tem como objeto o estudo do crime, do criminoso, da vítima e do controle social da conduta delituosa”.¹⁶⁵

Com efeito, a criminologia é uma ciência que se preocupa em estudar o delito como um fenômeno social, ou seja, o que levou a ocorrência de determinado crime, como evitar a prática delitiva e como deve ser o tratamento adequado a ser aplicado ao infrator. Preceitua, ainda René Ariel Dotti, em relação à função da Criminologia:

As funções explícitas da Criminologia são investigar e interpretar os processos de criação das normas penais e das normas sociais relacionadas com o comportamento *desviante*; os processos de infração e de desvio dessas normas e a reação social, institucionalizada ou não, que as infrações e os desvios provocam.¹⁶⁶ (grifo do autor)

¹⁶³ PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3 ed. rev. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

¹⁶⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3 ed. rev. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

¹⁶⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83.

¹⁶⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86.

Conclui-se, portanto, que a criminologia não se preocupa com a criação de tipos penais como o direito penal. Ela volta, sim, especial olhar ao estudo do crime como um todo, analisando o delinquente, a vítima, o delito, ou seja, o que levou a determinada prática delitiva, bem como a reação da sociedade diante do delito. Portanto, estabelece uma visão complexa da sociedade e do fenômeno da criminalidade.

De outro lado, Salo de Carvalho descreve o conceito de política criminal para Feuerbach, no início do século XIX, como “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”.¹⁶⁷ Entretanto, relata que no início do século XX Listz “centralizará estudos nas relações entre política criminal e direito penal, procurando definir suas funções e encontrar o marco de autonomia”.¹⁶⁸ E. Magalhães Noronha descreve em relação à política criminal que “ela é crítica e reforma. Crítica quando examinada e estudada as instituições jurídicas existentes, e reforma quando preconiza sua modificação e aperfeiçoamento”.¹⁶⁹

Prossegue Magalhães Noronha:

Consideram-na alguns como o *estudo dos meios de combater o crime depois de praticado*; outros, entretanto, ampliam-lhe o conteúdo, para a conceituarem como crítica e reforma das leis vigentes. A maioria nega-lhe caráter científico, reduzindo-a antes à arte de legislar em determinado momento, segundo as necessidades do povo e de acordo com os princípios científicos imperantes.¹⁷⁰
(grifo do autor)

Assim, a política criminal é entendida como o meio de estudo utilizado para compreender o crime após ser praticado, para que possa o legislador venha a reformar a legislação vigente, caso não esteja mais de acordo ou então para que sejam criadas novas legislações a fim de proteger bens jurídicos que ainda não foram tutelados pela norma penal, entretanto estão sendo afrontados. É, portanto, a forma como o Estado reage diante da criminalidade, analisando-a e posteriormente buscando o aprimoramento das normas penais.

Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli tratam a política criminal como “ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e

¹⁶⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 87.

¹⁶⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 87.

¹⁶⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34 ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17.

¹⁷⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34 ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17.

penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que individualmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”.¹⁷¹

Outrossim, René Ariel Dotti relata:

A Política Criminal é um conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Em sentido amplo, compreende também os meios e métodos aplicados na execução das penas e das medidas de segurança, visando o interesse social e a reinserção do infrator.¹⁷²

Continua o doutrinador afirmando que cabe à política criminal ministrar critérios, para valorar o Direito que está vigorando, bem como mostrar qual Direito que deverá valer. Assevera que cabe, também, orientar a compreensão de tal ciência, com base na sua finalidade e aplicá-la aos casos que se destina.¹⁷³

Portanto, a política criminal busca analisar quais são os meios mais adequados para combater o delito, através da apreciação das normas legais já existentes, bem como de seus efeitos, para avaliar se há a necessidade de criação de uma nova lei para tutelar determinado bem jurídico que está sendo violado, diante da ineficácia daquela já existente.

João José Leal refere que a política criminal é um conjunto de conhecimentos que ajudam o legislador no momento da criação da norma penal e o operador jurídico no momento da aplicação da lei ao caso concreto, tendo por escopo o estudo das ações que são adequadas para combater a criminalidade, para que se possa ter um sistema penal mais justo e eficiente.¹⁷⁴

Denota-se, portanto, que a política criminal, a criminologia e o direito penal são ciências autônomas, que, entretanto, estão diretamente ligadas, uma vez que todas visam o delito e a criminalidade, porém cada uma de um modo diverso. Para tanto, Luis Regis Prado afirma que “a ciência do Direito Penal ou dogmática penal, a política criminal e a criminologia são ciências que se distinguem, mas que não se separam; antes se completam”.¹⁷⁵ Assim, haverá sempre uma ligação entre as três ciências criminais, uma

¹⁷¹ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 7 ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

¹⁷² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 74.

¹⁷³ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 74.

¹⁷⁴ LEAL, João José. Tráfico de drogas e controle penal: nova política criminal e aumento de pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 43, abr./maio., 2007. p. 40.

¹⁷⁵ PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3 ed. rev. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

vez que todas estudam o delito e a criminalidade, entretanto de forma diversa, buscando sempre a prevenção de novos crimes e a criação de leis e penalidades a serem aplicadas ao criminoso ao infringir a norma penal que tutela os bens jurídicos.

No que concerne à política criminal que foi adotada pelo legislador na nova Lei Antidrogas, pode-se dizer que adotou um posicionamento diferenciado em relação às legislações revogadas. Como já referido no primeiro capítulo, as antigas leis tratavam o dependente/usuário de drogas e o traficante de forma igualitária, ambos como criminosos, de forma que eram previstas penas severas para ambos. Assim, eram inimigos da sociedade, os quais deveriam ser eliminados, diante do mal que causavam perante a coletividade e da violência que o comércio e consumo que as substâncias ilícitas geravam.

Entretanto, após diversos estudos, concluiu-se que essa política criminal de caráter retributivo adotada pela legislação brasileira não estava mais de acordo com as necessidades da sociedade brasileira, de modo que não estava mais sendo eficaz no combate à criminalidade. Assim, com o estudo e apreciação das antigas legislações, buscou-se criar uma nova legislação, que atendesse os anseios da sociedade, vítima dessa criminalidade gerada pelas drogas. Nesse sentido, a Lei n. 11.343/2006 apresentou diversas modificações e uma nova política criminal, prevendo ao usuário/dependente uma justiça prevencionista, ou seja, buscando a prevenção do uso indevido de drogas, através do tratamento e da tentativa da reinserção na sociedade, não lhe aplicando mais penas privativas de liberdade e deixando de ser visto como um criminoso. Em relação ao traficante de drogas, a política criminal adotada continuou sendo a retributiva, de modo que passou a prever penas ainda mais severas e a criação de novas figuras típicas para enquadrar as condutas de quem contribuir para o comércio das substâncias ilícitas.

3 O FENÔMENO DO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E POLÍTICAS CRIMINAIS

A Constituição Federal de 1988 estabelece direitos e garantias individuais que devem ser obedecidos e devidamente efetivados pelo Estado, e que se dividem em diversas gerações. Assim, o aumento da criminalidade em todo país, principalmente no que se refere ao tema das drogas, possui relação estrita com desrespeito e desatendimento a esses direitos e garantias fundamentais. De outro lado, as legislações referentes ao tema das drogas foram evoluindo no Brasil, de modo que não previam a possibilidade de um sistema de política pública voltado para a prevenção e repressão às substâncias ilícitas, sendo que somente a nova Lei Antidrogas criou essa possibilidade.

A nova legislação, dentro das diversas modificações, criou, ainda, uma causa especial de pena, para beneficiar os traficantes que não são envolvidos diretamente com a criminalidade e tampouco possuem envolvimento em organizações criminosas. Nesse sentido, necessário se faz realizar um estudo para melhor compreender esses aspectos e os objetivos da política criminal de políticas públicas voltadas à repressão e prevenção das drogas.

3.1 Do atendimento dos direitos fundamentais e a crise social

O povo, ao escolher os seus representantes, delega o poder de decidir o que é melhor para a nação. Porém, tal poder não é absoluto e sim limitado. Tal limitação diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, os quais estão devidamente consolidados na Constituição brasileira. Assim, o governante não possui poder total sobre os direitos dos indivíduos, eis que não pode infringi-los, mas em contrapartida os cidadãos têm o poder de realizar a cobrança do poder público para que tais direitos não sejam violados.¹⁷⁶

Desde que passaram a ser previstos nas Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações no seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25

Diante da incidência dessas transformações, ocorreu uma divisão desses direitos em gerações.¹⁷⁷ Para alguns doutrinadores existem três gerações de direitos fundamentais, no entanto, há uma divergência que envolve a questão, o que leva a alguns fazerem menção à existência de uma quarta e quinta geração. Este não é, contudo, o único conflito que envolve o assunto, eis que há forte discussão acerca da terminologia usada, pois pondera-se ser a mais adequada opção por “gerações” ou “dimensões”.¹⁷⁸

Os chamados direitos de primeira geração, para Alexandre de Moraes, “são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*”.¹⁷⁹

Paulo Bonavides ressalta que:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante Estado.¹⁸⁰

Com efeito, os direitos de primeira geração se referem às liberdades dos indivíduos, os quais são os titulares desses direitos e podem ser opostos perante o Estado. São uma qualidade e o poder que os cidadãos possuem. De outro lado, quanto aos direitos fundamentais de segunda geração, Alexandre de Moraes recorre à lição de Themistocles Brandão Cavalcante, que descreve:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, velhice etc.¹⁸¹

Nesse sentido, os direitos de segunda geração consistem naqueles que se referem aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais que foram reconhecidos no início do século XX e que dão proteção ao trabalho, à velhice, ao seguro social, ou seja, que visam à

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 49 – 50.

¹⁷⁸ A questão da divergência dos termos gerações e dimensões, bem como da existência de quatro ou cinco gerações de direitos fundamentais não será objeto de análise, sendo feita apenas uma breve referência sobre o tema que é discutido na doutrina.

¹⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26.

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 563 – 564.

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26.

aplicação de uma igualdade social e à proteção dos menos favorecidos.¹⁸² Paulo Bonavides dispõe que “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, de modo que não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e os estimula”.¹⁸³

Quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, Alexandre de Moraes descreve:

Como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...].¹⁸⁴

Para tanto, esses direitos se concretizaram no final do século XX e não se destinam à proteção de interesses de certo grupo social ou então de um indivíduo, mas sim da sociedade como um todo, de um determinado Estado. A ideia de fraternidade se aliou aos demais direitos de liberdade e igualdade.¹⁸⁵ Paulo Bonavides aduz que “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta”.¹⁸⁶

Ainda, quanto aos direitos de quarta geração, Ingo Wolfgang Sarlet, seguindo os ensinamentos de Paulo Bonavides, dispõe que seriam o resultado da globalização dos direitos fundamentais, correspondendo a uma fase de institucionalização do Estado social.¹⁸⁷ Tais direitos ainda não foram reconhecidos no direito positivo interno e internacional, em que pese haver algumas iniciativas quanto a sua aplicação.¹⁸⁸ Um dos seus defensores é Paulo Bonavides, o qual descreve que o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo são direitos fundamentais de quarta geração, de modo que a efetivação de uma sociedade aberta para o futuro depende desses direitos.¹⁸⁹

Do mesmo modo, em que pese haver posicionamentos contrários, Paulo Bonavides defende a existência de um direito de quinta geração, qual seja o direito à paz. Descreve em seu livro *Curso de Direito Constitucional* que “a concepção da paz no âmbito da

¹⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 187.

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564.

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26-27.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 56.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 57.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 571.

normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.”¹⁹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet adota o mesmo posicionamento quanto à inclusão do direito à paz como direito de quinta geração.

Paulo Bonavides descreve que Karen Vasak agiu com imperfeição ao colocar o direito à paz no rol dos direitos de terceira geração, ficando, ainda, teoricamente lacunoso.¹⁹¹ Ingo Wolfgang Sarlet menciona que a paz deveria ter um espaço de evidência, recolocando em uma geração nova e autônoma.¹⁹² Por fim, refere que:

Para além da qualificação jurídico-dogmática da paz como direito fundamental na ordem constitucional, aspecto que merece maior desenvolvimento, o que importa – e quanto a este ponto, absolutamente precisa e oportuna a sua revalorização – é a percepção de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressupostos, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral.¹⁹³

Com efeito, denota-se que a inclusão da paz em uma quinta geração não significa a carência de guerra entre os países, nem mesmo uma guerra em nível interno mas sim uma condição para a concretização dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição.

No que tange especificamente aos direitos e às garantias individuais e coletivos, Alexandre de Moraes faz a seguinte menção: “correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como por exemplo: a vida, dignidade, honra e liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...]”.¹⁹⁴ Portanto, tais direitos estão estritamente unidos com a personalidade das pessoas, bem como com o significado de pessoa humana e estão previstos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º.

De outro lado, quanto aos chamados direitos sociais, esses recebem a seguinte definição:

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 579.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 579.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

¹⁹⁴ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 23.

Caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da *igualdade social*, que configura um dos fundamentos do nosso Estado Democrático [...].¹⁹⁵
(grifo do autor)

Com efeito, tais direitos estão dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, sendo que visam uma sociedade mais justa através da melhoria de vida das pessoas que se encontram em estado degradante, que são menos favorecidos, para que haja a efetivação da igualdade social, que é um dos fundamentos do Estado Democrático. São considerados como direitos sociais a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Cumprir destacar, ademais, que consiste em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.¹⁹⁶ Desse modo, o Estado deve, através de ações do governo, cumprir com esse objetivo, por meio de ações que atinjam diretamente a sociedade para que a pobreza e a desigualdade social diminuam de modo significativo.

De outro lado, o preâmbulo da Constituição Federal, bem como o Título dos Princípios Fundamentais faz referência aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo político.¹⁹⁷ Portanto, tais direitos, uma vez positivados, devem ser obrigatoriamente respeitados e efetivados pelos governantes, através do poder que lhe é atribuído.

Diante da transformação que a sociedade passou ao longo dos anos, da incidência do capitalismo e da necessidade de uma sociedade de consumo que surgiu com a era industrial, notou-se, contudo, que a desigualdade social e a pobreza passaram a se fazer presente no dia-dia de toda sociedade. Isso porque o modo capitalista fundamentada no consumo máximo de bens e da mão de obra produtora desses bens e serviços.¹⁹⁸ Erich From relata que a era industrial dispunha ser objetivo máximo da vida a felicidade, sendo que essa era alcançada através da satisfação de desejos ou necessidades que a pessoa possa

¹⁹⁵ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 24

¹⁹⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51

¹⁹⁸ FROM, Erich. *Ter ou ser?*. Nathanael C. Caixeiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 26 – 27.

sentir, bem como pelo culto do eu, através do egoísmo e voracidade, os quais levavam à harmonia e à paz.¹⁹⁹

Assim, essa felicidade que somente é alcançada com base no consumo de bens e se estende até os dias de hoje – uma vez que se percebe que a sociedade está cada vez mais consumista, onde as pessoas somente são aceitas e valorizadas em determinados grupos sociais pelo que tem ou então aparentam ter – leva à diferença social e à pobreza. Ainda, a ineficácia do poder público na aplicação de ações que levem a inclusão social, bem como a inobservância dos direitos que são consagrados pela Constituição, fazem com que as pessoas busquem outros modos de serem aceitos em determinados grupos e um dos recursos é o cometimento ilícitos como o uso de drogas, o tráfico de drogas, os furtos, roubos e diversos outros crimes que possam levar a uma certa satisfação pessoal através do lucro.

Portanto, os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira quarta e quinta geração que estão consagrados na Magna Carta brasileira devem ser garantidos aos cidadãos, de modo que o Estado deve proporcionar formas de efetivação desses direitos e garantias, para que haja uma sociedade mais justa, pois a crise social que se caracteriza pelo aumento da criminalidade possui relação estrita com desrespeito e o desatendimento aos direitos fundamentais.

3.2 Do fenômeno das drogas no Brasil: da insuficiência de políticas públicas

As legislações referentes ao tema das drogas no Brasil foram evoluindo na medida em que a sociedade começou a sentir os impactos que o comércio e o uso de substâncias indevidas causavam. De tal modo, conforme foi aumentando o número de espécies de substâncias que eram consideradas ilícitas, bem como da criminalidade que gerava em torno desse tema, viu-se a necessidade da legislação se adequar ao momento que o país passava.

No Brasil, a primeira forma de criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes surgiu com o estabelecimento das Ordenações Filipinas, sendo,

¹⁹⁹ FROM, Erich. *Ter ou ser?*. Nathanael C. Caixeiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p.25.

logo após, prevista na Codificação da República, em que pese não haver a previsão no Código Penal Brasileiro do Império de 1830. Dentre os diversos crimes previstos no Título III da parte Especial, Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública, o artigo 159 descrevia “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, sendo que o infrator recebia como sanção pena de multa.²⁰⁰

Diante do aumento do consumo do ópio e do haxixe, fez-se necessária a edição de novas legislações, as quais regulamentassem o uso e a venda de substâncias psicotrópicas. Com a Consolidação das Leis Penais de 1932, a matéria das condutas contra a saúde pública fora novamente disciplinada, porém de forma diversa, ocorrendo, ainda, uma alteração no caput do artigo 159.²⁰¹

De outro lado, os Decretos n. 780/36 e n. 2.953/39 foram de grande importância na luta contra as drogas no Brasil, uma vez que passaram a ser previstos vários verbos para a incriminação, ocorrendo a substituição de expressões, passando a ser previstas as substâncias entorpecentes e a previsão de penas carcerárias para quem incorresse na prática delituosa. Assim, a edição desses decretos desenvolveu no país o sistema repressivo, sendo que o Decreto Lei n. 891/38, que foi elaborado em conformidade com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, implantou um padrão internacional de controle, regulamentou temas ligados à produção, ao tráfico e ao consumo de drogas e estabeleceu várias substâncias que são consideradas entorpecentes.²⁰²

Posteriormente, em 1940, foi publicado o Código Penal, sendo que a matéria de drogas foi incluída na codificação, mais precisamente no artigo 281²⁰³, com a seguinte designação: comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes. Tal colocação se deu em virtude que o Código Penal pretendia manter as hipóteses de criminalização juntamente com as regras gerais de interpretação e aplicação da lei. Entretanto, com a edição do Decreto n. 4.720/1942 e da Lei n. 4.451/1964, que tratam, respectivamente, sobre o cultivo e a ação de plantar, iniciou-se um novo processo de descodificação da

²⁰⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 11.

²⁰¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 11.

²⁰² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 12.

²⁰³ O artigo 281 do Código Penal dispunha que: importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar, ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 12.

legislação,²⁰⁴ Ademais, após o início da Ditadura Militar e com a aprovação e a promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes, pelo Decreto n. 54.216/1964, é que o Brasil foi inserido no cenário internacional de combate às drogas.²⁰⁵

Ainda, o Decreto Lei 159/1967 igualou os entorpecentes às substâncias capazes de determinar dependência física e psíquica, adequando-se as normas brasileiras aos acordos internacionais de repressão. Já o Decreto Lei n. 385/1968²⁰⁶ modificou o artigo 281 do Código Penal e passou a dar um tratamento igualitário aos traficantes e dependentes de drogas, prevendo uma mesma pena.²⁰⁷

Para tanto, a promulgação da Lei 5.726/1971 marcou, definitivamente, a descodificação da matéria de drogas e adequou o sistema brasileiro às normas internacionais. Tal Lei formou novas formas de criminalização, bem como modificou o rito processual. Porém, em que pese não mais considerar o dependente como criminoso, continuou prevendo pena privativa de liberdade muito alta, que poderia variar de 01 (um) anos a 06 (seis) anos de prisão, identificando-o com o traficante. Assim, mesmo com este tratamento repressivo dado aos dependentes de drogas, tal Lei iniciou um processo de alteração do modelo repressivo que se estendeu à Lei n. 6.368/1976 e conseqüentemente à atual Lei n. 11.343/2006, a Lei Antidrogas.²⁰⁸

Como já referido no primeiro capítulo deste trabalho, em 1976 foi promulgada a Lei n. 6.368/1976, baseada no binômio dependência-tratamento e tráfico-repressão. Tal legislação trouxe um modelo diferenciado em relação às antigas legislações, em que pese manter um modelo de repressão ao combate às drogas utilizado em nível internacional. Iniciou a um novo padrão na luta contra as substâncias consideradas ilícitas, prevendo a hipótese de tratamento ao dependente de drogas, bem como sua não mais comparação direta ao traficante, porquanto ainda presente a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, entretanto, reduzidas em relação ao crime de tráfico. Já a Lei n. 10.409/2002 foi editada com o objetivo de substituir a Lei n. 6.368/1976, entretanto, foi objeto de veto em vários dispositivos. Nesse sentido, Eduardo Reale Ferrari menciona:

²⁰⁴ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 12 – 13.

²⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 13.

²⁰⁶ Passou a seguinte disposição: nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 15-16.

²⁰⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 16.

²⁰⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 17.

Apesar da expectativa por um novo tratamento para a questão das drogas, frustrante foi a enunciação da Lei 10.409/2002, verdadeiro monstro jurídico, ainda realçado em face da política de 35 vetos, nos 59 dispositivos existentes, restando sem vigência quase 83% da Lei, destacando que inúmeros vetos por parte do Executivo decorreram de uma flagrante violação à Constituição Federal [...].²⁰⁹

Conforme descrito, os principais vetos ocorridos na legislação se deram, principalmente, em virtude da afronta de alguns artigos a direitos consagrados pela Constituição Federal. Assim, a legislação estava repleta de normas que foram consideradas inconstitucionais.

Em abril de 1996 foi lançado o PANAD – Programa Nacional Antidrogas – que tinha por objetivo “prevenir, recuperar, reinserir os dependentes e reprimir o tráfico. Buscar e prestar ampla cooperação na matéria, no contexto internacional, procurando adequar a legislação nacional às convenções e acordos internacionais”, tentando adaptar e associar as políticas de segurança e de controle.²¹⁰ Salo de Carvalho cita o Ministro Nélson Jobim, o qual, no lançamento do programa, fez a seguinte declaração:

O programa de Ação Nacional Antidrogas – PANAD, resume de forma clara a vontade do estado de enfrentar o problema de frente, sem demagogia ou sensacionalismo. A legislação nacional atualiza-se graças à cooperação e à sensibilidade do Congresso Nacional. O traficante começa a ser tratado como inimigo público e as penas a eles impostas são cada vez mais duras. Em contrapartida, o usuário de drogas já é visto e tratado como vítima, e, desta forma, lhe são oferecidas a oportunidade e aos meios de se curar²¹¹. (grifo do autor)

O que se percebe através desse discurso é a implantação de uma política criminal que dá um tratamento diversificado entre os usuários/dependentes e os traficantes. Aqui, o que se objetiva é apenas aplicar sanções, cada vez mais severas, aos traficantes e um tratamento aos usuários e dependentes, com o objetivo de largar o vício. Em que pese possuir tal programa uma nova visão relacionada ao consumo e ao tráfico de drogas, não apresenta nenhum modo que tente prevenir a ocorrência desses ilícitos, ou seja, não pretende solucionar o problema na origem e sim, somente após a ocorrência do dano.

²⁰⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Nova lei de tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas. In: Siqueira, Luis Eduardo Alves de (Coord.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, jan./mar., 2003. p. 283.

²¹⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 53.

²¹¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 53.

De outro modo, no ano de 2000 foi criado o Sistema Nacional Antidrogas, pelo Decreto n. 3.696/2000. Tal sistema orienta-se pelo princípio da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade, tendo como principal estratégia a colaboração recíproca de esforços entre governo, iniciativa privada e cidadãos, bem como orientar a sociedade para o problema que representa as drogas e envolver instituições e os cidadãos com a ampliação de atividades antidrogas no país.²¹² Posteriormente foi substituído pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Nesse sentido, em 2006 entrou em vigor a Lei n. 11.343, sendo esta a legislação atual que visa prevenir e combater o uso e o tráfico de substâncias consideradas ilícitas. A criação do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas de Drogas – é uma das grandes inovações realizadas por esta lei.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD – foi instituído com o advento da Lei n. 11.343/2006 e está previsto em seu artigo 1º²¹³. Substituiu o Sistema Nacional Antidrogas que foi criado no ano 2000, através de Decreto Presidencial n. 3.696, entretanto, manteve a mesma sigla.²¹⁴ De outro lado, no título II da referida Lei estão descritas a finalidade, objetivo, princípios a serem seguidos pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, sendo que no Decreto n. 5.912/2006 está definida a sua composição e organização.

O SISNAD tem por finalidade a repressão e a prevenção ao uso e ao comércio ilegal de drogas, através da articulação, integração, organização e coordenação. Desse modo, visa atingir o traficante e o usuário e dependente de drogas.²¹⁵

Em relação ao tema, Luis Flávio Gomes comenta:

Ambas as finalidades a Lei atribui a mesma importância, tanto que, expressamente, o inciso X do artigo 4º faz referência à necessária “observância do equilíbrio entre as atividade de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social”.²¹⁶

²¹² MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional Antidrogas*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/PNAD_VersaoFinal.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

²¹³ Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; 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 e define crimes.

²¹⁴ OLINGER, Marianna. *Drogas – questões e perspectivas*: Brasil e a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Boletim_2_Final.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

²¹⁵ Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

Desse modo, denota-se que a Lei refere-se, teoricamente, tanto na necessidade de prevenção ao uso de drogas ilícitas – de forma que busca a reinserção do usuário e do dependente – quanto à repressão à atividade do tráfico ilícito de drogas, objetivando a estabilidade e o bem-estar social. Ademais, a legislação ainda apresenta os onze princípios a serem seguidos pelo SISNAD e que estão previstos no artigo 4º da nova Lei Antidrogas²¹⁷. Para que o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas cumpra com a sua finalidade e com o seu objetivo de forma adequada, faz-se necessário que todos esses princípios sejam observados.

Objetiva²¹⁸, também, a inclusão do cidadão na sociedade, diante da vulnerabilidade aos quais estão submetidos, bem como a vinculação aos chamados fatores de risco;²¹⁹ a necessidade de conhecimento de dados estatísticos referentes ao consumo e à comercialização de drogas, com o escopo de elaboração de políticas públicas sobre drogas²²⁰, a necessidade de integração de políticas públicas previstas na legislação e aquelas elaboradas pelo Poder Executivo, com a intenção de dar mais eficácia à sua aplicação, bem como a necessidade de garantir condições para que o SISNAD cumpra com as suas finalidades.

²¹⁷ Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

²¹⁸ Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

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

I - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

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

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

²¹⁹ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 47.

²²⁰ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51.

Por fim, o Decreto n. 5.912/2006²²¹ estabelece a sua formação, sendo composto pelo Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; pela Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; pelo conjunto de órgãos e entidade públicas do Poder Executivo Federal e dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos, que exerçam atividades de prevenção ao uso indevido de drogas, bem como de repressão ao tráfico de substâncias consideradas ilícitas; além das organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

Denota-se, portanto, que o SISNAD é um sistema que foi criado pela Lei n. 11.343/2006 e que tem por finalidade a repressão e a prevenção ao comércio e ao uso ilegal de drogas, sendo que também, está previsto no Decreto n. 5.912/2006, o qual dispõe sobre a sua finalidade, objetivos, composição e os princípios norteadores, que devem ser observados quando da atuação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

De outro lado, cumpre salientar, ainda, que as legislações anteriores se preocupavam apenas no combate às drogas, mas não previam a possibilidade de criação de políticas públicas que fossem voltadas à prevenção ao uso de drogas. O que se objetiva com a inclusão dessa política pública é a busca por uma justiça restaurativa.²²²

Adriana Accioly Gomes Massa e Roberto Portugal Bacellar salientam:

A idéia da justiça restaurativa representa um novo paradigma que busca restaurar relações conflituosas, por meio do consenso e com a participação da comunidade, amparado por uma rede social que participa ativamente na construção de alternativas para resolução de conflitos, buscando a cura das feridas sociais, dos traumas e perdas causados pelo crime.²²³

Com efeito, o que se quer através da aplicação da justiça restaurativa é a solução para conflitos sociais, com a participação da sociedade que participa na formulação de políticas públicas, para tentar evitar o crescimento da criminalidade na sua origem. Descrevem ainda que “[...] representa, também, um modelo para se alcançar a democracia

²²¹ Art. 2º do Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006.

²²² MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., 2008. p. 181.

²²³ MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., 2008. p. 181.

participativa, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade participam do processo decisório, na busca construtiva de resoluções de conflitos, objetivando a pacificação social”.²²⁴ Denota-se que há uma participação ativa da vítima, do infrator, e da sociedade nas decisões relacionadas às espécies de alternativas para a solução dos conflitos que envolvem a questão relacionada às drogas.

Portanto, o que se busca com a implementação de políticas públicas no combate ao tráfico e ao uso de substâncias ilícitas é a prevenção, ou seja, buscam-se meios que se mostrem eficientes em evitar o contato das pessoas com o mundo das drogas e, conseqüentemente, em diminuir a criminalidade que é gerada em conseqüência do tráfico e do consumo.

Cumprido destacar, ainda, que a criminalidade e as questões ligadas às drogas são um problema social, porquanto atingem a sociedade como um todo, de modo geral, gerando efeitos em todas as classes sociais. Do mesmo modo, as drogas são consideradas uma questão de saúde pública, uma vez que afetam a saúde do indivíduo, de modo que seus usuários e dependentes passaram a ser considerados doentes que merecem tratamento especial por profissionais e em ambientes adequados.

Por fim, conclui-se que desde as primeiras legislações que buscavam reprimir as drogas, somente com a implementação da nova Lei Antidrogas é que se passou a prever formas de criação e aplicação de políticas públicas que efetivamente buscam prevenir o comércio ilegal de tais substâncias, através do SISNAD. As antigas legislações preocupavam-se apenas com a criminalização e a aplicação de sanções severas aos traficantes e usuários de drogas, sendo que tal cenário somente começou a ter uma leve mudança com a Lei 6.368/1976, que reduziu as penas privativas de liberdade que seria aplicadas aos usuários, bem como pela possibilidade de um tratamento aos dependentes de drogas. Assim, a nova Lei é considerada um avanço, adequando-se aos novos modelos adotados por demais países, que buscam aplicar uma justiça preventiva e restaurativa aos usuários/dependentes, não sendo mais equiparados aos traficantes, aos quais continua a ser aplicada uma justiça retributiva.

²²⁴ MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., 2008. p. 181.

3.3 Tráfico de drogas no Brasil: as inovações legais à luz dos direitos fundamentais e das políticas públicas

Como já referido no primeiro capítulo deste trabalho, a nova Lei Antidrogas trouxe diversas modificações em relação à Lei antiga, principalmente no que se refere à criação de um Sistema Nacional de Políticas Sobre Drogas, à possibilidade de aplicação de uma política criminal mais severa aos traficantes de drogas e um tratamento especial aos dependentes e usuários, que não são mais tratados como criminosos, além do que se refere à criação de novas figuras típicas. Além do mais, uma das inovações realizadas pela nova legislação é a possibilidade de aplicação de uma causa de diminuição de pena aos criminosos que incorrerem no delito de tráfico ilícito de drogas, que está disposta no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei n. 11.343/2006²²⁵. Essa causa especial de diminuição de pena refere que os criminosos que tiverem bons antecedentes, forem primários, não forem envolvidos em atividades criminosas e não integrem organização criminosa poderão ter a sua pena diminuída de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) do tempo previsto, salientando que é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Essa nova figura jurídica apresentada pela nova Lei é denominada de tráfico privilegiado em virtude da possibilidade de diminuição da pena privativa de liberdade aplicada.

Desse modo, com a vigência da nova Lei e a possibilidade de aplicação desse dispositivo, surgiram discussões acerca do tema na área jurídica, isto é, pode ou não ser aplicada aos condenados na vigência da Lei anterior, desde que cumprissem os requisitos, porquanto tal possibilidade não estava prevista na Lei n. 6.368/1976. Assim, tendo em vista que há posicionamentos contrários à retroatividade, bem como considerando que há um grupo de defensores da ideia, há de ser analisado cada caso concreto, a fim de verificar a possibilidade – ou não – de ser aplicada a redutora. Necessário se faz, portanto, analisar o posicionamento das três correntes para verificar se pode ou não tal dispositivo retroagir.

Primeiramente, necessário se faz destacar que a aplicabilidade desta minorante é um direito do condenado, se preenchidos os requisitos legais. Entretanto, fica a discricionariedade do juiz quanto à quantidade de redução que será aplicada, sendo que,

²²⁵ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

para tal constatação, pode ser levada em conta a quantidade e a espécie de droga apreendida.²²⁶ Ademais, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco afirmam que os requisitos previstos na Lei devem ser preenchidos cumulativamente. Entretanto, diante da dificuldade que o magistrado pode encontrar para verificar a presença de alguma das condições necessárias, pode este aplicador do Direito fazer uso da minorante mesmo não havendo a presença de todos os requisitos cumulativamente.²²⁷

Cumprе salientar que o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal²²⁸, descreve que a lei penal não poderá retroagir, exceto se for para beneficiar o réu, é o que o ordenamento jurídico chama de princípio da irretroatividade da lei mais gravosa. Ainda, há o princípio da retroatividade da lei mais benigna, que está disposto no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal²²⁹, o qual cita que a lei posterior que favorecer o agente deverá ser aplicada a fatos anteriores, mesmo que haja sentença penal condenatória transitada em julgada. Nélson Hungria e Cláudio Heleno Fragoso afirmam que “a lei posterior apresentase mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade, não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu”.²³⁰ Desse modo, percebe-se que a lei posterior também será considerada mais benigna quando, de qualquer forma, favorecer o réu e não apenas passar a tornar um determinado fato atípico.

A esse respeito, Cezar Roberto Bittencourt refere:

Contudo, o *princípio da irretroatividade* vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5º, XL, da CF). Assim, pode-se resumir a questão no seguinte princípio: *o da retroatividade da lei penal mais benigna*. A lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage.²³¹ (grifos do autor)

Com efeito, conforme salientado, sempre que for editada uma nova lei, a qual é mais benéfica, como por exemplo quando possuir penas mais brandas, tal legislação deverá

²²⁶ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 197.

²²⁷ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 94.

²²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

²²⁹ Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgada.

²³⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.119.

²³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 02.

retroagir e ser aplicada aos condenados sob a vigência da lei anterior, a qual foi revogada, mesmo que a sentença já tenha transitado em julgado. Nesse sentido, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica sempre deve prevalecer.

De outro lado, há, também, o princípio da legalidade e da reserva legal, o qual se encontra descrito no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal²³² e no artigo 1º do Código Penal²³³. Tal princípio dispõe que não haverá crime sem uma lei que o defina, tampouco pena que não esteja prevista na legislação.

Salienta Cezar Roberto Bitencourt:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.²³⁴

Conforme exposto, denota-se que a definição do que será considerado crime, bem como a pena que será aplicada, cabe à lei. Se, portanto, um indivíduo ao praticar um ato, o qual posteriormente for considerado crime pelo legislador, a lei incriminadora não poderá retroagir e ser aplicada, uma vez ao tempo da prática do fato esse não era considerado delito, tampouco havia uma pena para aplicar-lhe.

Diante da previsão de tais princípios, os quais são considerados direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, porquanto estão no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos consagrados pela Constituição Federal de 1988, surge a primeira corrente doutrinária a favor da retroatividade do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006.

Um dos autores que defendem essa possibilidade é Luís Flávio Gomes, que relata: “tratando-se de inovação benéfica para o réu, deve retroagir (incondicionalmente) para alcançar fatos pretéritos, ainda que em fase de execução (art. 2º, parágrafo único, do CP), minorando, nesses casos (pretéritos), a pena antiga (3 a 15 anos) [...]”.²³⁵

²³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

²³³ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10 ed. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

²³⁵ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 197.

No mesmo sentido, Fernando Capez descreve:

Em primeiro lugar, trata-se de disposição que não constava no regime da lei revogada, constituindo, assim, *novatio legis in melius*, salvo com relação à parte que veda a substituição da pena diminuída por penas restritivas de direitos.²³⁶ (grifo do autor)

Nesse sentido, percebe-se que, segundo o entendimento dos doutrinadores citados, considerando que se trata de uma nova lei que é mais favorável ao agente, e tendo em vista o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, deve ocorrer a retroatividade, sendo que a única imposição que a legislação dispõe é no que se refere a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ademais, o Desembargador Ivan Leomar Bruxel, relator do acórdão n. 70028780955, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afirma que a nova Lei aumentou a pena privativa de liberdade aos condenados por tráfico de drogas, entretanto, estabeleceu a possibilidade de uma redutora, observadas as condições pessoais favoráveis do condenado. Assim, diante da norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, bem como do disposto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, a redutora deve retroagir. Com efeito, em que pese a Lei apresentar partes mais rigorosas e outras mais benéficas, essas devem retroagir, uma vez que é mais benigna. A pena fixada, no entanto, sob a vigência da Lei anterior e com a aplicação da redutora não pode ficar abaixo da pena mínima de 01 (um) ano e 08 (oito) meses da nova Lei.²³⁷

Para tanto, Fernando Capez faz a seguinte afirmação “dessa forma, nos termos do art. 5º, inciso XL, da CF, o benefício retroagirá, beneficiando inúmeros traficantes, os quais poderão ter as suas penas diminuídas em até dois terços.”²³⁸ Portanto, denota-se que, podendo a Lei retroagir aos fatos pretéritos, muitos traficantes de drogas que foram condenados sob a égide da Lei revogada poderão ser beneficiados e ter a pena aplicada reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Plínio Antônio Britto Gentil ressalta que a lei de caráter benéfico sempre deverá retroagir, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna e tendo em vista que a nova legislação é considerada uma evolução em relação à Lei revogada, bem como o réu

²³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 3 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 735.

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação crime n. 70028780955*, da 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 28 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>> Acesso em: 04 de out. de 2010.

²³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 3 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 735 – 736.

será sempre considerado a parte mais fraca em relação ao Estado no que concerne a um confronto criminal.²³⁹

De outro lado, há o posicionamento que defende a impossibilidade de retroatividade da causa especial de diminuição de pena do parágrafo quarto do artigo 33. A nova Lei, além de estabelecer pena privativa e de liberdade e de multa mais gravosas para o crime de tráfico ilícito de droga, passou, também, a prever algumas majorantes que estão descritas no artigo 40 da nova Lei²⁴⁰, as quais serão aplicadas aos agentes que incorrerem nos crimes do artigo 33 e 37 da referida Lei, caso preencham os requisitos dispostos nos incisos.

Ainda, o artigo 42 da lei n. 11.343/2006²⁴¹ estabelece que o magistrado, ao aplicar a pena, além de analisar os requisitos do artigo 59 do Código Penal²⁴², deverá levar em conta a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Assim, a Lei estabelece critérios diversos para a fixação da pena do condenado.

Realizadas tais considerações iniciais, salienta-se que tal posicionamento é sustentado com base na impossibilidade de combinação de leis, porquanto o magistrado estaria aplicando apenas uma parte da lei que é considerada favorável, sendo que no restante é totalmente desfavorável ao agente. Em relação às combinações de leis, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli aduzem:

²³⁹ GENTIL, Plínio Antônio Britto. Nova lei de drogas: causa de diminuição de pena aplicável retroativamente? *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca: Unifran, n. 17, v. 9. jul./dez., 2007. p. 166.

²⁴⁰ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

²⁴¹ Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

²⁴² Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso, hipoteticamente, conforme uma e outra lei, comparando-se, em seguida, as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa deve-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei, esta inexistente, criada unicamente pelo intérprete.²⁴³

Conforme destacado pelos doutrinadores, para analisar se uma nova lei será mais benéfica ao condenado e se deverá retroagir para beneficiá-lo, deverá ser levado em consideração o caso concreto. Para tanto, as leis não podem ser analisadas em separado, e sim na sua totalidade. Caso assim o faça, o magistrado estará criando uma terceira norma e aplicando-a, o que não é admissível.

No mesmo sentido é o ensinamento de Néelson Hungria:

[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação *combinada* das duas leis.²⁴⁴ (grifos do autor)

Percebe-se, assim, que o juiz não pode combinar apenas as partes favoráveis de duas leis para que sejam aplicadas. Caso assim o faça, estaria criando uma terceira lei, o que não é admissível em face do princípio que veda a aplicação combinada de duas legislações.

A esse respeito, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmén Lúcia, nos autos do Habeas Corpus n. 94.848-1, do Estado do Mato Grosso Sul, decidiu em seu voto, que foi acompanhado pelos demais Ministros, que é inaceitável a aplicação da redutora prevista na nova Lei aos casos cometidos sob a vigência da Lei anterior. No caso em preço, ressalta que “é inadmissível usar a pena base prevista na Lei n. 6.368/76 e a causa de diminuição contida na Lei n. 11.343, visto que, agindo assim, o juiz criaria uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico”. Prossegue seu voto salientando que, caso ocorresse a retroatividade, poderia estar aplicando uma pena *in concreto* de até um ano de reclusão, sendo que o delito passaria a ser equiparado aos crimes de menor potencial ofensivo, bem como estaria criando-se uma nova espécie de crime de tráfico ilícito de

²⁴³ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 5ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 219.

²⁴⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.120.

drogas. Termina fazendo referência que a causa especial de diminuição de pena somente é aplicável aos casos cometidos na vigência da nova Lei.²⁴⁵

Desse modo, considerando que a nova legislação apresenta penas mais gravosas, causas de aumento de pena para quem incorrer nos delitos dos artigos 33 e 37, critérios diversos para fixação da pena, bem como pela impossibilidade de combinação de leis, a retroatividade do referido parágrafo seria inviável aos condenados sob a vigência da Lei 6.368/1976.

Ademais, outro posicionamento defendido, é no sentido de que para que a causa especial de diminuição de pena possa ser aplicada retroativamente, deverá ser analisado o caso concreto, se realmente irá beneficiar o condenado. Luis Flávio Gomes, em que pese defender a posição favorável à retroatividade, faz menção aos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, os quais descrevem no livro Lei de Drogas:

Neste ponto deverá o magistrado verificar se a Nova Lei de Drogas é de fato mais favorável ao acusado, mesmo esta sendo aplicada unitariamente, sem cisão. E, para tanto, deverá fazer um juízo hipotético e analisar, retroagindo a pena base do art. 33, *caput* e § 1º, bem como a causa de diminuição em estudo, em comparação com a Lei anterior, qual das duas leis será mais favorável ao agente. Como abstratamente não era possível definir qual das leis é mais favorável ao agente (se a antiga ou na nova Lei de Drogas), deverá o magistrado analisar o caso *sub judice* tendo em vista as particularidades concretas da conduta, para somente então determinar qual lei é mais favorável ao agente.²⁴⁶ (grifos do autor)

Com base em tal posicionamento, compreende-se que o magistrado deverá sempre analisar se a aplicação retroativa da redutora irá beneficiar o agente que foi condenado naquele caso específico e estabelecer qual lei que é a mais favorável ao criminoso, se a nova ou então a legislação anterior. Assim, tem que ser analisado cada caso particularmente para verificar se a redutora será benéfica ou não para situação de cada indivíduo.

Nélson Hungria menciona que:

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.848-1*. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 15 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 15 de out. de 2010.

²⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 198.

[...] Outros há, porém, em que a verificação do *minus* de rigor somente pode ser reconhecido após o exame do complexo dos dispositivos (especiais e gerais) da lei nova, em confronto com os da lei anterior. Tem-se de apurar o resultado da aplicação hipotética dos critérios do novo sistema jurídico e cotejá-lo com o alcançado ou alcançável, no mesmo caso, dentro do sistema antigo. As duas leis devem ser consideradas *incindíveis* em si mesmas e *distintamente*, em relação ao caso de *quo agitur*.²⁴⁷ (grifos do autor)

Dessa forma, é possível compreender que para apurar qual a pena a ser aplicada se configura como a mais benéfica, devem ser analisados os dispositivos da nova Lei e confrontados com a Lei anterior. Deve-se ainda ponderar se a pena aplicada nos limites da legislação anterior é mais benigna ou mais gravosa ao condenado se comparada com a aplicabilidade da nova Lei.

Portanto, denota-se que há posicionamentos diversos na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de retroatividade da minorante prevista na nova Lei Antidrogas. Entretanto, os posicionamentos mais discutidos são aqueles que se referem à possibilidade e à impossibilidade da Lei nova ser aplicada a fatos pretéritos. Uma defende a retroatividade, sustentando os princípios constitucionais da legalidade e da retroatividade da lei mais benéfica. A outra menciona a impossibilidade de o magistrado, ao aplicar a pena, realizar uma combinação das duas legislações e fazer com que apenas uma parte mais benéfica da nova Lei retroaja e atinja fatos anteriores a sua vigência, em que pese ser considerada em seu restante totalmente mais gravosa. Desse modo, o magistrado estaria criando uma nova lei e realizando o papel de legislador.

Diante do estudo ora realizado, conclui-se que deverá permanecer o entendimento que defende a possibilidade de retroatividade do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados por fatos cometidos sob a vigência da Lei n. 6.368/1976. Isso porque os princípios da legalidade e da retroatividade da lei mais benéfica estão consagrados na Constituição como direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de modo que o magistrado deve aplicá-los ao caso concreto.

Além disso, a nova legislação, ao apresentar uma política criminal mais repressiva em relação ao traficante de drogas, prevendo penas muito mais severas em relação às Leis revogadas, proporciona a possibilidade de aplicabilidade dessa causa especial de diminuição de pena, que pode reduzir a pena aplicada em um nível significativo. Igualmente, tenta-se através dessa previsão, estabelecer uma diferenciação entre os traficantes que já estão envolvidos com a atividade criminosa, como o crime organizado,

²⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 120 – 121.

de forma mais acentuada e aqueles que praticam o tráfico mas que, contudo, não registram um envolvimento assíduo com a criminalidade e principalmente com o tráfico de drogas.

O que se pretende, portanto, é a possibilidade de reinserção desses criminosos na sociedade, após cumprida a pena aplicada e não dar um tratamento igualitário aos chamados “grandes” traficantes de drogas, de modo que lhe possa ser dada uma nova possibilidade para que não se envolva novamente em atividades ilícitas. Para tanto, para que possa haver na sociedade a reinclusão dos traficantes e também dos usuários e dependentes de drogas, bem como para que seja possível prevenir o envolvimento em delitos, deve ser observada a possibilidade de criação de políticas públicas, através do poder local, que é o mais adequado e mais próximo da sociedade para que sejam discutidas as questões ligadas às drogas, com a participação de toda a coletividade e até mesmo dos criminosos que buscam não mais se envolver em crimes, principalmente os relacionados às drogas.

CONCLUSÃO

O fenômeno das drogas passou a ganhar relevância diante do aumento do comércio e do uso das substâncias ilícitas em todo o mundo e pelas diversas classes sociais. Assim, surgiram movimentos contrários ao uso das drogas e, por conseguinte, a favor da repressão aos usuários e traficantes, de modo que muitos países passaram a criar leis e a adotar tratados e convenções internacionais que visavam à cooperação dos países participantes no combate às drogas consideradas ilícitas. Entretanto, diante do aumento da circulação, bem como pelo surgimento de novas substâncias, necessário se fez que as nações passassem a se adequar a cada momento social pelo qual passavam.

Desse modo, com a edição da Lei n. 11.343/2006 que apresentou diversas modificações - dentre elas a exposição de um novo modelo de política criminal e a possibilidade de criação de um sistema nacional de políticas públicas voltadas à prevenção e combate às drogas – foi, também, criada uma minorante a ser aplicada aos condenados por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos legais. Assim, surgiu a questão sobre a possibilidade de retroatividade dessa causa especial de diminuição de pena aos condenados na vigência da Lei n. 6.368/1976, tendo em vista que essa condição se encontra dentro política criminal adotada pela nova Lei.

Nesse sentido, em 1976 foi editada a Lei n. 6.368, a qual seguia um modelo repressivo adotado pela maioria dos países ocidentais, baseada em tratados e convenções internacionais. Essa Lei adotava o binômio dependente/usuário traficante/repressão, sendo que previa a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade a ambos, em que pese prever a possibilidade de tratamento ao dependente de drogas. Desse modo, adotava uma política criminal muito repressiva, uma vez que continuava tratando, tanto o dependente e usuário, quanto o traficante de drogas, como criminosos e prevendo a aplicação de penas severas para quem incorresse nos tipos penais.

Entretanto, diante do surgimento do narcotráfico, bem como pela disseminação das drogas pelo país e principalmente pelo aumento do número de usuários, concluiu-se que a referida Lei não estava mais gerando efeitos e atingindo o seu objetivo. Criou-se, então a Lei n. 11.343/2006, que apresentou uma nova política criminal voltada ao usuário e dependente de drogas, baseada num caráter prevencionista e não mais repressivo em relação a esses. O que se quer é que seja concedido tratamento aos viciados e a prevenção

ao uso das drogas ilícitas, não mais a aplicação de penas severas, uma vez que são tratados como doentes e não mais como criminosos.

De outro lado, a nova Lei passou a tratar o traficante de forma mais severa, aplicando-lhe penas privativas de liberdade e de multa mais gravosas. Criou, ainda, novas figuras típicas para quem contribui, financia, participa de alguma forma para o tráfico, em que pese prever a possibilidades de uma causa de diminuição de pena aos traficantes que tiverem bons antecedentes, forem primários, que não forem envolvidos em atividades criminosas e não integrem organização criminosa, sendo que poderão ter a sua pena diminuída em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), salientando que é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Ademais, a Lei n. 11.343/2006 substituiu a expressão “substância entorpecente que determine dependência física e psíquica” pelo termo “droga”. Referiu, ainda, que drogas são as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, as quais devem estar previstas em lei ou então relacionadas em listas do Poder Executivo da União, bem como estabeleceu que drogas são substâncias entorpecentes psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial previstas em portaria do Ministério da Saúde. Portanto, denota-se que é necessária uma complementação de uma norma ministerial para definir o que é droga, estando-se, assim, diante uma norma penal em branco. Destarte, tendo em vista a flexibilização do princípio da legalidade, pela necessidade de complementação da Lei, tal técnica afronta os direitos e garantias dos indivíduos, os quais deveriam ser respeitados no momento da criação das leis.

A par disso, as políticas públicas surgiram nos Estados Unidos da América e se expandiram no Brasil em meados da década de 80, e têm como objetivo dar respostas às demandas que surgem na sociedade, sendo que tais ações são criadas pelo Estado como uma forma de retorno. Assim, diversos modelos foram criados visando à elaboração dessas políticas públicas, sendo os principais o Incrementalismo, O Tipo da Política Pública, O Ciclo da Política Pública, o modelo Garbage Can, a Colisão de Defesa, as Arenas Sociais e o Equilíbrio Interrompido e os modelos influenciados pelo Gerencialismo Público e pelo Ajuste Fiscal.

Assim, diante das políticas públicas, a Constituição Federal previu a possibilidade de descentralização dessas políticas públicas aos demais entes da Federação. Nesse sentido, poder local se tornou o meio mais adequado para a concepção dessas políticas públicas, uma vez que a população poderá escolher quais os temas que são considerados

mais relevantes e a área que a política pública deverá envolver. Tentou-se, então, através das políticas públicas, alcançar a efetivação de direitos e garantias fundamentais que estão previstos na Constituição Federal. Assim sendo, a questão das drogas e da criminalidade é um problema social que atinge a sociedade como um todo, em suas diversas classes e um caso de saúde pública, diante da grande quantidade de viciados e dependentes, que são considerados doentes e que necessitam de tratamento em ambientes e por profissionais adequados.

De outro lado, o surgimento do capitalismo e da era industrial fez com que a população se baseasse no consumo exagerado de bens e serviços. Em consequência disso, a necessidade do ter para ser aceito perante grupos sociais faz com que os indivíduos se envolvam em diversos delitos como o uso e o tráfico de drogas, ou como furtos e receptações, o que gera, por conseguinte, uma crise social. Buscou-se, nesse sentido, um modo para em que o Estado cumprisse com os objetivos fundamentais previstos na Carta Magna, erradicando pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades sociais e garantindo e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, para a existência um país mais justo e com menos criminalidade.

Igualmente, no Brasil as primeiras legislações que tratavam das drogas foram criadas por meados do século XVII, a partir das Ordenações Filipinas. Porém, com o avanço da sociedade e pela disseminação das drogas pelo país, imperioso se fez a promulgação de novas leis para regular as questões das drogas. A elaboração das normas referentes às drogas passou por diversas fases, desde a codificação do delito, a edição de decretos regulamentares, até a descodificação total dos crimes relacionados com o uso e a venda de substâncias ilícitas. Porém, as Leis antigas não apresentavam a possibilidade de criação de políticas públicas que visassem um modo de prevenir o uso e o comércio de substâncias ilícitas, sendo que tal previsão somente ocorreu a partir da promulgação da Lei 11.343/2006 que criou o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - e que possui princípios, objetivos e uma formação própria.

Dentro da nova política criminal que foi adotada pela nova Lei e das diversas modificações que foram realizadas, foi, portanto, criada uma causa especial de diminuição de pena que poderá ser aplicada aos criminosos quando o agente for primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo vedada a substituição por penas restritivas de direito. Assim, os

traficantes que preencherem os requisitos legais poderão ter a sua pena diminuída de um sexto a dois terços.

Diante da ausência de previsão de causa especial de diminuição de pena na Lei anterior, surgiram discussões acerca da possibilidade ou não de retroatividade do parágrafo quarto, do artigo 33 da nova Lei, aos condenados sob a vigência da Lei n. 6.368/1976, então revogada, uma vez que se trata de uma nova Lei que é mais favorável ao agente. A corrente que foi adotada neste trabalho é a que defende a aplicabilidade dessa minorante aos fatos pretéritos, diante do princípio da retroatividade da lei mais benéfica consagrado pela Constituição Federal brasileira. Desse modo, a Lei deve retroagir e diminuir a pena dos condenados sob a vigência da Lei anterior e que preencherem os requisitos legais.

As outras correntes defenderam, contudo, a impossibilidade de ocorrer a retroatividade, tendo em vista que a nova Lei foi criada em um contexto diverso da Lei revogada, sendo previstas penas de multa e privativa de liberdade mais gravosas, além de adotar critérios diversos para a fixação da pena e prever a possibilidade de aplicação de majorantes que estão descritas no artigo 40 da Lei n. 11.343/2006. Com esses argumentos, os defensores dessa teoria sustentaram a não retroatividade da causa especial de pena aos traficantes condenados na vigência da Lei antiga.

Por fim, o terceiro posicionamento defendeu a tese de que deve ser analisado cada caso concreto, a fim de verificar se a aplicabilidade retroativa pode ou não beneficiar o réu. Assim, a análise depende de cada em separado, podendo ou não a minorante retroagir e beneficiar o condenado.

Conclui-se, portanto, que além da criação e aplicação de políticas criminais voltadas para a repressão das drogas, devem ser criadas políticas públicas, em especial através do poder local, que é o modo adequado para a sua implantação. Assim sendo, ocorrendo a retroatividade do referido parágrafo, diversos traficantes terão suas penas diminuídas e podem até mesmo ser colocados em liberdade. Conseqüentemente, o Estado deverá se utilizar da possibilidade de criação de políticas públicas voltadas para a reinserção desses indivíduos na sociedade, bem como deve dedicar-se à prevenção no que concerne à hipótese de ocorrência de novos crimes, principalmente o tráfico e o uso de drogas, que tanto assombram e preocupam a sociedade de um modo geral.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Nidal khalil. DALL'AGNOL, Jefferson. O Ministério Público como indutor de políticas públicas: uma análise sob o enfoque do poder local. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, p.187 – 203. 2010.

BACELAR, Tânia: *As políticas públicas no Brasil: heranças, tendências e desafios*. Disponível em http://www4.fct.unesp.br/grupos/gedra/textos/Texto1_politicas_publicas_no_br_TaniaBacelar.pdf Acesso em 13 de agosto de 2010.

BARRETO, Larissa Santana et al. *Uma Introdução à teoria dos jogos*. Disponível em <http://www.mat.puc-rio.br/~hjbortol/bienal/M45.pdf> Acesso em 18 de setembro de 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2010.

_____. *Lei n. 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 13 de abril de 2010.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2010.

_____. *Lei n. 10.40, de 11 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm> Acesso em 13 de abril de 2010.

_____. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 13 de abril de 2010.

_____. *Decreto n. 5.912, de 27 de setembro de 2006*. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus n. 94.848-1*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 15 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15 de out. de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação crime n. 70028780955*, da 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 28 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>> Acesso em: 04 de out. de 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva. 2008.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010.

COSTA, Dartagnan Limberger. FRANTZ, Diogo. HEMANY, Ricardo. In: Costa, Marli M. M. da. Rodrigues, Hugo Thami (Org.). *As prerrogativas da cidadania ativa na construção de um espaço democrático. Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, p. 113 – 133. 2009.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALLETI, Tulia. Efeito da descentralização nas relações intergovernamentais: o Brasil em perspectiva comparada. In: Cortes, Soraya Vargas (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., p. 46 – 85. 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. Nova lei de tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas. In: Siqueira, Luis Eduardo Alves de (Coord.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. p 283. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, jan./mar., p. 282 – 294. 2003.

FLORES, Deborah Hartmann. SANTIN, Janaína Rigo. A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o estatuto da cidade. In: Costa, Renata Almeida da (Coord.). *Justiça do Direito*, Passo Fundo: Universitária, n. 1, v. 20, p. 56 – 69. 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FROM, Erich. *Ter ou ser?*. Nathanael C. Caixeiro. 3 ed. Rio de Janeiro Zahar: 1980.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. Nova lei de drogas: causa de diminuição de pena aplicável retroativamente? *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca: Unifran, n. 17, v. 9. jul./dez., p. 161 – 179. 2007.

GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, p.77 – 91. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: Nota Dez. ano 6. n. 23, jul./dez., p. 77 – 90. 2006.

LEAL, João José. Tráfico de drogas e controle penal: nova política criminal e aumento de pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 43, abr./maio., p. 38 – 49. 2007.

LEITÃO, Luciana Bertini. *Da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 e o direito à saúde: análise da realidade do Distrito Federal (de 2006 a 2008)*. Disponível em <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/luciana_Bertini.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2010.

MASSA, Adriana Accioly Gomes; BACELLAR, Roberto Portugal. A dimensão sociojurídica e política da nova lei sobre drogas (Lei n.º 11.343/2006). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul., p. 177 – 195. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional Antidrogas*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/PNAD_VersaoFinal.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLINGER, Marianna. *Drogas – questões e perspectivas: Brasil e a Política Nacional sobre Drogas*. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Boletim_2_Final.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Hermany, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, p. 170 – 189. 2010.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 5 ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual de direito penal brasileiro*. 7 ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3 ed. rev. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSA, Pablo Ornelas. *Políticas criminais de drogas e globalização econômica*. Disponível em <<http://www.umanas.ufpr.br/evento/sociologia/politica>>. Acesso em 02 de abril de 2010.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: Cortes, Soyara Vargas. (Coord.). *Revista Sociologias: sociedade e políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS. IFCH, ano 8, n. 16, jul./dez., p. 20 – 44. 2006.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Reflexões sobre as bases da política criminal*. Disponível em <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_VI_111_121.pdf> Acesso em 22 de agosto de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processos*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

WESCENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do terceiro setor. In: Costa, Marli M. M. da. (Org.). *Direito, cidadania e políticas públicas II: direito do cidadão e dever do Estado*. Porto Alegre: Free Pass, v. 2, p. 301 – 313. 2007.