

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANA CRISTINA LEAL TRINDADE

**POSSE DE DROGAS E A INOVAÇÃO OPERADA PELA LEI 11.343/2006: Análise da
natureza do artigo 28 e uma reflexão acerca das suas consequências**

Recife
2015

ANA CRISTINA LEAL TRINDADE

POSSE DE DROGAS E A INOVAÇÃO OPERADA PELA LEI 11.343/2006: Análise da natureza do artigo 28 e uma reflexão acerca das suas consequências

Projeto de pesquisa apresentado à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para aprovação do referido projeto. Orientador: Professor Dr. Leonardo Siqueira

Recife
2015

Trindade, Ana Cristina Leal

Posse de drogas e a inovação operada pela lei 11.343/2006: análise da natureza do artigo 28 e uma reflexão acerca das suas consequências. / Ana Cristina Leal Trindade. – Recife: O Autor, 2015.

50 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Lei 11.343/2006. 3. Descriminalização. 4. Posse de drogas. I. Título.

34
340

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-384

Ana Cristina Leal Trindade

POSSE DE DROGAS E A INOVAÇÃO OPERADA PELA LEI 11.343/2006: Análise da natureza do artigo 28 e uma reflexão acerca das suas consequências

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador Prof. Dr. Leonardo Siqueira

1º Examinador Prof.

2º Examinador Prof.

Recife
2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço Aquele que me deu a vida, e que continua dando em cada cuidado. Por tanta força para perseguir meus objetivos e por fazer crescer meus sonhos.

Agradeço imensamente a minha família, que sempre acreditou na minha capacidade, aumentando minha confiança. Eles me fazem acreditar que posso fazer qualquer coisa. Obrigada por mudarem suas rotinas para que eu me sentisse mais confortável para produzir minha pesquisa. Obrigada por mudarem de quarto, por dormirem de luz acesa... tornando tudo mais favorável. Não menos importante, agradeço por todo amor e carinho.

Agradeço a meus amigos, que com suas vidas me inspiraram, ajudaram, compreenderam e tornaram meus dias mais doces e fáceis.

Por fim, agradeço a tantos mestres que me ensinaram e contribuíram para meu crescimento intelectual.

A diferença entre o que fazemos e aquilo que somos capazes de fazer bastaria para solucionar a maioria dos problemas do mundo.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a descriminalização ou não da conduta do usuário de drogas frente as mudanças advindas com a lei n.º 11.343/2006 e sua nova forma de enxergar esse indivíduo. A celeuma surge a partir das novas penas cominadas ao artigo 28, que eliminando a pena privativa de liberdade, passa a não se enquadrar no conceito de delito descrito pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. No momento em que esse conceito de crime não mais se adéqua a conduta tipificada no artigo 28, Luiz Flávio Gomes entende que houve uma descriminalização da conduta, tornando-a infração *sui generis*, afastando a incidência do direito penal. Para verificar essa hipótese, iniciamos a pesquisa com o estudo sobre a evolução do conceito de delito, demonstrando outra forma de conceituar o crime que não pelo artigo 1º da LICP, com a teoria finalista da ação. Após esse caminho, exploramos o tratamento da questão de drogas na legislação brasileira, observando que nem sempre essa conduta foi criminalizada, mas que em certo momento chegou ao ponto de ser equiparada ao tráfico. Demonstramos as mudanças da política criminal em cada momento, inclusive seu movimento despenalizador. Ademais, observamos os argumentos sobre a natureza do artigo 28 frente ao conceito introduzido pela LICP e apontamos as consequências geradas a partir da adoção da conduta como crime ou não, com enfoque na regressão de regime e na reincidência e possíveis incongruências. Por fim, expomos a atual situação da descriminalização de drogas no Brasil, que enfrenta discussão no Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do artigo 28. Essa controvérsia ainda não teve um ponto final, pois o RE nº 635659 encontra-se parado nas mãos do Ministro Teori Zavascki que pediu vista do recurso.

Palavras-chave: Lei 11.343/2006, Descriminalização, Posse de drogas.

ABSTRACT

The present study intend to analyze the decriminalization or not of the user conduct of drugs forward the changes arising with the law n.º 11.343/2006 and their new way of seeing the user. The stir arises from the new punishment comminated to the article 28 , that eliminating the private punishment of liberty, begins to fit in the concept of misdeed described through the article 1º of the introductory law to the criminal code. By the time that this concept of crime no longer fits the conduct typified in Article 28, Luiz Flávio Gomes understands that occurred a decriminalization of the conduct, making the infraction sui generis, pushing away the incidence of the criminal law. To verify this hypothesis, we began the research with the study about the evolution pf the concept of misdeed, showing another way of conceptualizing differently of the article 1º of LICP, with the finalist theory of action. After this path, we explored the treatment of drugs issue on the Brazilian legislation, noting that not always this conduct was criminalized, but at certain time it became to be compared to the traffic. We demonstrated the changes of the criminal politic at each moment, including the moment contrary to the jail. Moreover, we noticed the arguments about the nature of the article 28 forward the concept introduced through the LICP and we pointed out the consequences generated from the adoption of conduct as criminal or not, focusing on the regime of regression and recurrence and possible inconsistencies. Lastly, we exposed the updated situation of the decriminalization of drugs in Brazil, that faces discussions in the Supreme Court regarding the unconstitutionality of Article 28. This controversy has not had an end because the RE nº 635659 is still on minister Teori Zavascki's hand that asked for a view of recourse.

Keywords: Law n.º 11.343/2006 ; Decriminalization; Drugs possession.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CRIME: entre uma interpretação exegética e analítica	11
2.1 Separação entre ilicitude e culpabilidade (ação)	11
2.2 Conceito clássico de delito	11
2.3 Neokantismo	13
2.4 Finalismo – Welzel	15
3 LEI DE DROGAS	19
3.1 Panorama histórico da legislação de drogas no Brasil	19
3.2 A lei n.º 6.368/76	26
3.3 A lei n.º 11.343/2006	28
4 DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DELITUOSA OU NÃO DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006 E SUAS CONSEQUÊNCIAS	31
4.1 Análise sobre natureza criminosa do artigo 28 da lei 11.343/06	31
4.2 Consequências pela adoção da criminalização	34
4.2.1 Regressão de regime	34
4.2.2 Reincidência	37
4.3 Consequências pela adoção da descriminalização	41
4.4 A constitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/2006 por meio do Recurso Extraordinário 635.659	41
5 CONCLUSÃO	45
6 REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A conduta do usuário de drogas na antiga lei de tóxicos (lei n.º 6.368/76) configurava nitidamente um ilícito penal, tendo em vista a cominação da pena de seis meses a dois anos de detenção, enquadrando-se perfeitamente no conceito de crime descrito no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP), que define crime ou contravenção a partir da pena cominada. Na LICP considera-se crime quando a conduta descrita tem a pena correspondente cominada em pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; ou, no tocante a contravenção, quando a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas.

Não obstante, a nova lei de drogas (lei n.º 11.343/2006), com intuito de diferenciar as figuras do usuário de drogas e do traficante, adotou nova postura ante os usuários no que se refere a pena privativa de liberdade. Foi vedada qualquer forma de privação de liberdade, desaparecendo, portanto, a previsão da pena de reclusão ou detenção descrita no artigo 1º da LICP, gerando a presente celeuma sobre a descriminalização do usuário de drogas.

Entre as alternativas apontadas em torno da questão, quais sejam descriminalização, legalização ou despenalização, Gomes (2006) elege a descriminalização como resposta adequada a alteração ocasionada pela nova lei de drogas, partindo do fundamento de que a conduta não corresponde ao conceito de crime disposto na LICP. Não obstante, deixa claro que apesar de perder o caráter de ilícito penal, não perdeu o caráter de ilícito, pois não se tornou uma conduta legalizada.

Para esta pesquisa, estabelece-se, portanto, a seguinte questão: A conduta do usuário de drogas foi descriminalizada ante a lei 11.343/2006?

Como hipótese, entende-se que houve sim uma descriminalização, pelo fato da nova lei não cominar pena de reclusão ou detenção para a conduta do usuário de drogas, tornando-a infração *sui generis*, com todas as consequências que esse enquadramento comporta.

Para este trabalho, o objetivo geral é analisar a mudança apresentada pela nova lei de drogas (lei n.º 11.343/2006) e a possível descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da mencionada lei. Para tanto, a partir de uma pesquisa exploratória, de natureza bibliográfica, analisando as discussões doutrinárias, os textos legais e jurisprudenciais, estabeleceram-se os objetivos específicos, de analisar o conceito de crime, pesquisar a evolução da política criminal no Brasil e apontar as consequências de tal conduta ser tipificada como crime ou não, como a possibilidade de regressão de regime.

Esta pesquisa divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo, abordarei acerca da interpretação formalista (exegética) e analítica do conceito de crime. No segundo, analisarei a o movimento da política criminal nacional na questão das drogas o longo da história e as mudanças trazidas pela nova lei de drogas, buscando esclarecer seu objetivo. Por último, tratarei a questão das consequências da adoção de cada um dos posicionamentos, seja pela descriminalização ou criminalização da conduta do usuário de drogas.

2 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CRIME: entre uma interpretação exegética e analítica

2.1 Separação entre ilicitude e culpabilidade (ação)

Para analisarmos se uma conduta foi descriminalizada, faz-se necessário, inicialmente, estudar o conceito de crime. A teoria geral do delito, no entanto, não é uma construção dogmática acabada, é fruto de um longo processo de elaboração, sobretudo da dogmática Alemã, ainda em desenvolvimento.

Inicialmente, a “antijuridicidade e culpabilidade confundiam-se em um conceito superior de imputação, teoria sustentada por Puffendorf (séc. XVII), com a finalidade de distinguir o fato, como obra humana, do puro acaso” (BITENCOURT, 2012, p. 265). Ou seja, distinguir o fato produzido pelo homem que atua, e que por isso deve ser responsabilizado, do puro acaso, fora do alcance humano.

A classificação tripartida esboçada na obra de Luden, onde a ação foi introduzida como elemento básico da teoria do delito, começa a distinguir o injusto da imputação do fato. Essa classificação só foi sistematizada com Liszt, no desenvolvimento da teoria clássica do delito, quando adequaram ao direito penal a definição de antijuridicidade objetiva, realizada por Ihering no âmbito do direito civil, representando a contrariedade ao juridicamente desejável, abandonando de vez a teoria da imputação.

2.2 Conceito clássico de delito

O conceito clássico de delito surge meio a ideias positivistas, adotando dessa forma, a metodologia das ciências da natureza, onde a explicação do direito é mais importante que sua compreensão. O positivismo jurídico exaltava a demonstração empírica e afastava qualquer tipo de contribuição filosófica, psicológica ou sociológica, pois não se enquadravam como ciência. Nesse contexto, o conhecimento humano precisava de leis gerais para ganhar status de ciência, e a teoria clássica surge como resposta a essa exigência (BRANDÃO, 2015, p. 24).

Tendo em vista a lei causalista que regia as ciências da natureza, é desenvolvida por Liszt e Beling a teoria causalista da ação, onde a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior, ou seja, a modificação do mundo exterior é efeito da volição do sujeito (causa). Essa definição visa afastar do direito penal o que não for fruto de uma volição, como é o caso por exemplo, de atos reflexos, estados de inconsciência –“atos que

não passam pela zona da consciência e do querer” (BRUNO, 2013, p. 185). Vale ressaltar que essa vontade não se preocupa com seu conteúdo ou alcance, mas apenas para distinguir um ato como comportamento próprio do agente.

Para Liszt o conceito de ação abrangia três elementos, a vontade, a modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade, pois é através desse último que se possibilita a imputação de um resultado como consequência de uma manifestação de vontade.

Para Beling a ação possuía duas fases, a objetiva (comportamento) e a subjetiva (vontade). Essas fases eram cumulativas, somente uma não configuraria ação, como é o caso do ato reflexo.

Segundo Zaffaroni; Pierangeli (2008, p. 342), a tendência ao se analisar um fenômeno complexo é separar seus aspectos objetivos e subjetivos, e o conceito clássico de delito não foi uma exceção, considerando o injusto (antijuricidade típica) como elemento unicamente objetivo e a culpabilidade (relação psíquica do autor com o resultado) como elemento subjetivo/psíquico.

O critério utilizado, portanto, foi o objetivo-subjetivo, onde segundo Zaffaroni; Pierangeli (2008, p. 343), “o injusto configurava-se com a causação física de um resultado socialmente danoso, e a culpabilidade era a causação psíquica deste mesmo resultado”, podendo assumir a forma de dolo ou culpa. Ou seja, um conceito naturalístico onde a conduta e o resultado são ligados por um nexo de causalidade e culpabilidade era a causação psíquica desse mesmo resultado.

Ocorre que, essa lógica trazia algumas dificuldades e equívocos para essa teoria, pois é impensável, por exemplo, usar critérios objetivos para diferenciar um homicídio na modalidade simples de um qualificado, pois não se distingue objetivamente essa conduta. Da mesma forma não há que se falar em tentativa se o tipo for considerado apenas em seu aspecto objetivo, pois há uma necessidade de verificação do dolo para sua caracterização, que é o mesmo do crime consumado. A tentativa se revela como ato de execução que não se consuma por circunstâncias alheias a sua vontade, ou seja, essa vontade tem um conteúdo, é imprescindível a verificação do dolo para tal definição.

Outrossim, conclui Brandão (2015, p. 27):

A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade, como se pudesse haver uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo. Se todo subjetivo deve ser analisado na culpabilidade, deve-se deslocar o estudo do conteúdo da vontade da ação para a culpabilidade, esvaziando-se, enfatize-se, o conteúdo da própria ação.

Além disso, como o injusto não diferenciava a tipicidade da antijuricidade, ocorria a incongruência de condutas antijurídicas e culpáveis serem consideradas delitos, quando não eram. Para sanar esse vício, costumava-se incluir o elemento da punibilidade ao conceito de delito.

Mais adiante, Ernst Von Beling, sem alterar o esquema objetivo-subjetivo, influenciado pelas ideias de Binding, percebe a incoerência de concluir por uma conduta antijurídica e culpável e não cominar pena para a mesma. Em 1906, contribuiu para o esquema, acrescentando a distinção no injusto objetivo dentro do esquema já estabelecido, onde a tipicidade representava a conduta descrita como proibida e a antijuricidade como o choque desse resultado com a ordem jurídica, comprovada pela ausência de qualquer causa de justificação.

2.3 Neokantismo

O neokantismo sul-ocidental vem contribuir com modelo Liszt-Beling, analisando todos os elementos da teoria sob uma perspectiva normativa e axiológica, transformando alguns conceitos, mas sem abandonar os princípios fundamentais do conceito clássico. Segundo Bitencourt (2012, p. 267) “foi substituída a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam (teoria teleológica do delito)”. A norma de cultura -valores- é, portanto, introduzida no conceito de ação do modelo neoclássico do delito, que deixa de ser apenas naturalista para ser também normativo. O neokantismo “teve a grande virtude de superar a ideia de crime como um fenômeno físico causador de um resultado naturalístico: o crime é identificado axiologicamente por categorias jurídicas” (BITENCOURT, 2012, p. 258). O neokantismo contribuiu transformando o conceito de ação em comportamento humano voluntário.

Com a ruptura do sistema objetivo-subjetivo advindo do iluminismo, voltaram-se as atenções para o esquema estrutural sustentado por Aristóteles. Através dele, Frank em 1907 elabora um novo conceito de culpabilidade, onde ela “contém a relação psicológica nos casos em que esta existe, mas não é uma relação psicológica e sim que, em sua essência, é reprovabilidade” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 345). Desse ponto de vista, a culpabilidade incorpora um elemento normativo ao seu conceito, sem deixar, no entanto, de abarcar o dolo e a culpa.

Também nessa fase, surgiu a necessidade de aperfeiçoar o conceito de tipicidade. Para isso, era essencial que fossem adicionados elementos subjetivos e normativos a sua estrutura, como ocorria no crime de rapto do artigo 219, CP: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso (revogado)”. Até então o injusto (tipicidade + antijuridicidade) era considerado puramente objetivo. Todas essas alterações fizeram com que o sistema objetivo-subjetivo desse lugar à ideia de que o injusto se referia a um juízo de desvalor do ato, enquanto a culpabilidade era o juízo de reprovabilidade que recaía sobre o autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 343).

Em decorrência desse avanço da ciência jurídica, o método do positivismo de Liszt e Beling foi sendo afastado. Ocorreu uma busca pela introdução de um conteúdo valorativo no conceito de conduta, como bem observa Santos (2008), gerando uma reorganização teleológica do modelo causal. Dessa forma, a ação passa a ser um comportamento humano voluntário, revelando o conteúdo normativo introduzido no conceito anteriormente naturalista.

A tipicidade também começa a abarcar elementos normativos e subjetivos, como é o caso do motivo torpe. A antijuridicidade deixa de ser apenas um afronte formal a norma jurídica para um aspecto material, onde o injusto é graduado de acordo com a lesão efetiva ao bem tutelado (danosidade social). Por fim, a culpabilidade adiciona a reprovabilidade, um elemento normativo a sua estrutura, tornando-o um conceito psicológico-normativo.

O conceito de delito nesse período, portanto, passou a ser voltado para os fins pretendidos pelo direito penal e pelas suas perspectivas valorativas, modificando, conseqüentemente, os elementos do conceito clássico de crime. Nesse mesmo sentido dispõe Bitencourt (2012, p. 257):

Com essa orientação neokantiana, todos os elementos do conceito clássico de crime sofreram um processo de transformação, a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime, especialmente nos crimes omissivos, nos crimes culposos e na tentativa, conforme demonstraremos logo adiante. A tipicidade, por sua vez, com o descobrimento dos elementos normativos, que encerram um conteúdo de valor, bem como o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo, afastaram definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos. A antijuridicidade, igualmente, que representava a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social. Esse novo entendimento permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. Dessa forma, onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico.

Dessa forma, sem alterar o esquema de delito como fato típico, antijurídico e culpável, é mister salientar as modificações trazidas por esse modelo, onde a tipicidade deixa de ser

puramente descritiva, abarcando elementos normativos e subjetivos, por vezes; onde a antijuridicidade precisa ser observada sob seu aspecto material, representado pela danosidade social; e a culpabilidade acrescenta a reprovabilidade a seu conceito.

Não obstante a inclusão de conceitos valorativos para compreensão dos institutos penais, a cientificidade não foi abandonada.

Percebemos, portanto, a contribuição da escola neoclássica para a introdução da teoria de valores no conceito de crime, quebrando paradigmas positivistas, mas sem abandonar completamente os princípios fundamentais apontados por Liszt e Beling na elaboração do conceito clássico de delito.

Segundo Brandão (2015, p. 15), “ desde que a ruptura metodológica com o positivismo foi feita, a dogmática penal assimilou as linhas gerais do método neokantiano como base, o que não significa que ele não contenha variações. Porém, as referências aos valores estão sempre presentes”. A nova ótica do direito como produto cultural, com valores preestabelecidos, contrapõe, portanto, a ideia do direito positivo, que contém em si mesmo um sentido objetivo interpretado pelo julgador.

2.4 Finalismo – Welzel

A teoria final da ação, desenvolvida por Welzel em 1930, surge no contexto da II Guerra Mundial. Em razão do momento histórico, buscava-se limitar o poder estatal para evitar os excessos cometidos na época, criticando todo subjetivismo metodológico defendido pela teoria neokantiana (MASI, 2012). Através desta teoria, Welzel procura romper com o direito penal nazista, que justificava o uso da pena como meio de purificar biologicamente o povo, revalorizando o caráter ético-social do direito penal (BRANDÃO, 2000).

Na teoria final da ação, a conduta humana passa a ser um acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim, ou seja, a vontade não pode estar separada do seu conteúdo, não é mais produto de uma relação causal cega. A ação passa a ser exercício de uma atividade final, que escolhe os meios necessários para consecução do fim e não mais uma atividade causal, que só leva em consideração a relação de causas e efeitos, esvaziando o conteúdo.

É por isso que se fala em uma finalidade vidente e uma causalidade cega, pois na finalidade se prevê o resultado, pois houve uma vontade dirigida, uma eleição dos meios a serem utilizados, enquanto na causalidade não existe um acontecer final para gerar o resultado, como é o caso do raio que eletrocuta o homem. Esse último exemplo se baseia na lei da

causalidade, pois assim como o raio atinge uma pessoa, ele pode atingir qualquer outro objeto, basta que ocorra a tensão necessária (BRANDÃO, 2000).

A partir do momento que Welzel considera que a atividade é dirigida a uma função fim, começa uma sistematização e elaboração dedutiva das categorias sistemáticas do delito, “oferecendo um referencial estável para a interpretação e aplicação das normas penais, e a conseqüente garantia de segurança jurídica das decisões judiciais em matéria penal” (BITENCOURT, 2012, p. 259).

Nesse sentido, dispõe Brandão (2015, p.28):

A ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as conseqüências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado.

Dessa forma, não há que se falar em relação psicológica localizada na culpabilidade, pois essa fazia parte do conteúdo da vontade, inserida no conceito de ação. Seria injusto julgar um ato contrário ao direito sem analisar a vontade armazenada para tal conduta.

É nesse momento que o dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e incluídos na estrutura da ação. O dolo foi definido como consciência e vontade do fato. Na culpabilidade analisa-se apenas elementos normativos representados pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Dessa forma, o conceito de culpabilidade virou puramente normativo, pois foi retirado qualquer aspecto subjetivo que ainda possuía.

Por fim, há que se falar na problemática dos crimes culposos, visto que sua atividade nunca é destinada a um fim ilícito. Nesse jaez, leciona Brandão (2015, p. 29/30):

No crime culposo também existe vontade dirigida a um fim, só que o fim será um fim conforme o Direito. A reprovação jurídica nos crimes culposos não recai na finalidade do agente, mas nos meios que o agente elegeu para a consecução de seu fim, sendo eles qualificados como imprudentes, negligentes ou imperitos.

Dessa forma, a reprovabilidade recai sobre os meios escolhidos para realizar o fim desejado, imputando ao autor, uma responsabilidade penal a título de culpa.

Concluimos, portanto, que a teoria finalista, mantendo o conceito analítico de crime, não abandonou a teoria tripartite do delito, apenas a reorganizou, transformando, conseqüentemente, alguns conceitos. A tipicidade foi entendida como uma ação dirigida a uma

finalidade, concretizada pela configuração de um tipo penal. A tipicidade passou a ser analisada sob dois aspectos, onde o tipo penal objetivo corresponde a um tipo penal subjetivo (dolo ou culpa). Passamos então à antijuridicidade, que se caracteriza pela contrariedade à ordem jurídica funcionando como conjunto harmônico – que se comprova pela ausência de permissões.

Ou seja, as causas de justificação que excluem o caráter delitivo da conduta típica precisam estar ausentes para que seja formado o injusto penal. A tipicidade e antijuridicidade revelam o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si, mas para que o delito seja configurado, resta a última característica a ser analisada, denominada culpabilidade. A culpabilidade foi entendida como reprovabilidade, resultante da consciência da ilicitude do fato e da exigibilidade de conduta diversa, ou seja, quando podendo agir conforme o direito, o agente escolhe proceder de forma contrária. Isto tornou o conceito de culpabilidade puramente normativo, pois o conteúdo da vontade foi alocado para a tipicidade.

“Uma acción se convierte em delito si infringe el orden d la comunidade de um modo previsto em uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor em concepto de culpabilidade” (Welzel, 2001, p. 69). Dessa forma, temos um conceito analítico do delito, onde a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os elementos vinculados logicamente, que convertem a ação em um delito.

O conceito de delito, em suma, decorre de um método de análise que se inicia pela conduta (tipicidade e antijuridicidade) e finaliza no autor (culpabilidade), como sintetizam Zaffaroni;Pierangeli (2008, p. 340/341):

Um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que se agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).

No Brasil essa teoria final da ação foi incorporada com naturalidade, sem grandes problemas, diferentemente de outros países latino-americanos. Não obstante, existem autores como Damásio de Jesus, que continuam adotando a teoria bipartida, considerando que o crime se configura com a figura típica e antijurídica, excluindo assim a culpabilidade, o que não faz sentido, como aponta Brandão (2014):

Não se pode dizer que a culpabilidade é um mero pressuposto da pena, porque a pena é a consequência jurídica do crime. Assim, o próprio crime - e não somente a

culpabilidade - é o pressuposto da pena. Ademais, a culpabilidade é o único elemento do crime voltado para a reprovação do homem, visto que os outros voltam-se para o fato. Um direito Penal só é liberal se incluir o elemento que possibilita a reprovação do homem, isto é, a culpabilidade, no conceito de crime.

Ou seja, o curso da evolução analítica no Brasil ocorreu sem grandes traumas, de forma a acolher a teoria final da ação como a mais adequada por todos os motivos acima expostos.

Apesar da construção analítica do conceito de delito como fato típico, antijurídico e culpável, adotada pela teoria finalista da ação, a LICP (Decreto Lei 3914/41) também definiu crime em seu artigo primeiro:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941).

O crime, portanto, é definido sob diferentes aspectos, gerando dúvida acerca do enquadramento do usuário de drogas ante a ausência de previsão de pena privativa de liberdade no artigo 28 da lei n.º 11.343/2006.

Definido o conceito de crime, passaremos a analisar o histórico da legislação de drogas no Brasil para entendermos o movimento da política criminal, que é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais.

3 LEI DE DROGAS

3.1 Panorama histórico da legislação de drogas no Brasil

Nem sempre o usuário de drogas foi visto pela sociedade como um criminoso. Percebe-se resquícios de criminalização ao longo da história legislativa brasileira, mas sua sistematização está diretamente relacionada com a consolidação da atividade médica profissional. Os médicos legistas e os psiquiatras atribuíam todo atraso social as drogas, o que ameaçaria à ordem pública. Não obstante, segundo Ferreira (2008, p. 203), “na maior parte da história seu consumo foi permitido e isso nunca foi motivo de desordem ou de grandes problemas de saúde pública”.

As Ordenações Filipinas mencionavam o controle de determinadas substâncias, mas ainda não especificava a incriminação de entorpecentes. Mais adiante, no Código Criminal do Império (1830), nada se falava sobre o tema. Com advento da república, que preservava o modelo de exclusão social dos mais pobres, observou-se o crescimento no índice de criminalidade, influenciando a edição do Código Penal Republicano (1890), que previa em seu artigo 159 o crime de “expor à venda, ou ministrar, substancias venenosas sem a legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”, cominando pena de multa e excluindo os usuários dessa tipificação.

Em 1915 foi promulgada a Convenção da Haia sobre o Ópio (1912), onde o Brasil iniciou um controle das drogas, culminando na edição do Decreto nº. 4.294 de 1921, que revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890 e fez referência expressa à Cocaína e Ópio. Observou-se que a repressão gerou um aumento do consumo de drogas em várias classes, e essa ausência de resultados levou a edição do Decreto 20.930/32, que elencou o rol das substâncias tidas como entorpecentes, multiplicou os verbos e criminalizou a posse ilícita (RODRIGUES, 2006, p. 139/140).

Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

[...]

Art. 26. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

É editada, no ano de 1932, por meio do decreto n. 22.213/32, a Consolidação das Leis Penais, estabelecendo em seu artigo 159 o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com pena de um a cinco anos. Vale ressaltar que o primeiro parágrafo do mencionado artigo apontava para a diferenciação do tráfico de entorpecentes da conduta de ter em depósito ou sob sua guarda substâncias tidas como tóxicas, que tinha pena mais branda (três a nove meses).

Em 1933, o Brasil deu continuidade ao movimento de internacionalização do controle de drogas, ratificando a 2ª Convenção sobre o Ópio de 1925 e em 1934 a 1ª Convenção de Genebra de 1931.

Influenciada pelo advento do estado novo e suas inspirações autoritárias, foi editada a lei de fiscalização de entorpecentes (Decreto-lei n. 891/38), disciplinando a produção, tráfico e consumo de entorpecentes. Em seu artigo 1º enumerou todas as substâncias consideradas entorpecentes e criminalizou o consumo de entorpecentes no artigo 33. Além disso, tornou o delito insuscetível de livramento condicional. É neste momento que a lista de substâncias proibidas fica a cargo da fiscalização administrativa.

Com o Congresso Nacional ainda fechado, é editado pelo decreto-lei n. 2.848/40 o Código Penal de 1940, que volta a recodificar a matéria, dispondo em seu artigo 281:

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

Constata-se a redução significativa do número de verbos e a descriminalização do consumo de drogas, com a pena cominada em conformidade com as legislações anteriores, de um a cinco anos e multa. Ademais, o legislador optou por uma retomada a técnica da norma penal em branco, ante um mercado de constantes novidades e facilidade na inclusão de novas substâncias proibidas.

Surgiram algumas discussões sobre a responsabilização do usuário frente a redação do art. 281 na jurisprudência e doutrina, mas “prevaleceu uma visão médica da figura do adicto, visto como um doente que necessitava de tratamento e não deveria ser enviado para a prisão” (RODRIGUES, 2006, p. 143).

Apesar dos esforços para a codificação das normas, o decreto-lei n. 4.720/42 (dispondo sobre o cultivo) introduz um amplo processo de descodificação (CARVALHO, 2013, p. 61). Com o fim do estado novo e a redemocratização do país, é proclamada a Constituição de 1946, com previsão expressa contra penas cruéis e inclusão de garantias penais.

Esse período democrático finda com o retorno de Getúlio Vargas ao poder em 1950. Com o suicídio de Vargas e a entrada de Juscelino Kubitschek, não se observa alteração no tocante as drogas, pois não havia uma percepção maior dessa problemática.

Com golpe militar de 1964, sob a égide de uma segurança nacional, instaura-se um sistema penal autoritário e repressivo contra as drogas, que não deixa, no entanto, o discurso do modelo sanitário anteriormente defendido, ainda que de forma residual, onde o usuário é visto como doente. A década de sessenta é marcada justamente por movimentos de contracultura e contestação, e “o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando as primeiras dificuldades às agências de controle penal” (CARVALHO, 2013, p. 62).

Nesse mesmo ano é promulgada no Brasil a Convenção Única de Entorpecentes de 1961, demonstrando o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas, sob uma visão de que o “mal” precisava ser combatido pela reunião de forças, orientada por princípios comuns. A Convenção de 1961 acrescentava novas substâncias proibidas, além de tipificar a conduta de atos preparatórios e punir a tentativa.

Surge, portanto, o modelo médico-jurídico baseado na ideologia da diferenciação, separando claramente o usuário do traficante. Nesse modelo, o primeiro era considerado um doente que precisava de tratamento, abarcado pelo discurso médico psiquiátrico e o estereótipo da dependência, já o último era marcado pelo estigma de criminoso, causador do atraso social, que atentava contra a saúde pública e por isso, merecedor do discurso jurídico-penal.

O segundo momento do regime militar foi marcado pelo Ato Institucional n.º 5, institucionalizando o regime ditatorial e editando a nova legislação sobre drogas (Decreto-lei 385/68), que rompe com a ideologia da diferenciação, equiparando o consumidor ao traficante.

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

[...]

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)

Dessa forma, a pena para o usuário e traficante foi cominada de um a cinco anos de prisão e multa (acréscimo no valor), mantendo-se a opção da técnica legislativa da normal penal em branco para definição de entorpecente.

Muitos juristas passaram a criticar esse modelo que desconsiderava a visão médica sob o consumidor, pois acreditavam que a solução não estava na prisão, além de contrariar as orientações internacionais e entendimento do STF pela descriminalização do usuário. Essa retomada da criminalização do usuário baseava-se no discurso de combate ao tráfico, onde opera a lei da oferta e demanda, se não há quem compre, não haverá quem venda. Essa mudança na política criminal é fruto da repressão do regime militar.

Mais um exagero do Regime Militar que, no auge da repressão política, preocupava-se com a oposição sistemática aos militantes de esquerda. Essa absurda legislação que equiparou o usuário ao traficante era mais uma tentativa de aumentar o controle social sobre a população que contestava o regime, por meio do aumento da repressão ao consumo de drogas (RODRIGUES, 2006, p. 147).

Em 1969 sob a presidência do General Emílio Médici ocorreu o momento mais violento do regime militar, materializado pela forte repressão e tortura a presos políticos.

Em 1971 o artigo 281 foi novamente alterado pela lei n.º 5.726/71, tornando a legislação de drogas um pouco menos repressiva, pois retomava por um lado o discurso médico-jurídico no sentido que para o dependente era previsto a possibilidade da medida de segurança, como observamos no artigo 11: “Se o vício não suprimir, mas diminuir consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação do agente, a pena poderá ser atenuada, ou substituída por internação em estabelecimento hospitalar, pelo tempo necessário à sua recuperação”. Ou seja, retoma a ideia de um tratamento diferenciado para o usuário e o traficante, onde o usuário é ligado a ideia de dependência e o traficante ligado ao estereótipo de criminoso. Além disso, revelava uma nova lógica que impunha a colaboração de todos no combate as drogas, inclusive nas escolas (RODRIGUES, 2006, p. 148).

Não obstante, usuário continuava sendo equiparado ao traficante, com a pena aumentada para um a seis anos.

O final da década de 70 é marcado pelo término do período da ditadura no Brasil, ocorrendo uma gradual abertura política que culmina na Emenda Constitucional n.º 11 e revogação do AI-5. Na política criminal o resultado é a edição da Lei de Tóxicos (lei n.º 6.368/76), compilando toda matéria que versava sobre drogas.

Apesar da lei de Tóxicos não afastar completamente a ideologia da diferenciação, o discurso jurídico-político passa a preponderar como podemos observamos na pena imposta para

o tráfico, cominada de três a quinze anos de prisão. Essa descodificação torna o estatuto flexível, refletindo uma lei especial repressiva e anti-garantista. Não obstante sua parte preventiva, atribui-se maior valor aos dispositivos repressivos.

Todas essas consequências são reflexo de uma política criminal adotada pelos Estados Unidos, na figura de Nixon, elegendo os países marginais como inimigo interno. Inicialmente as drogas ocupavam esse papel de inimigo interno, mas devido a popularização do consumo ocorre a transferência do inimigo, criminalizando o estrangeiro. “O discurso jurídico-político belicista toma a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro” (CARVALHO, 2013, p. 71). Essa política repressiva não leva em conta às questões políticas, sociais e econômicas do lugar, gerando a destruição de culturas seculares.

O tratamento para o dependente passa a ser obrigatório, até mesmo quando não há crime algum, revelando uma visão médica antiquada, que relaciona a droga a periculosidade social. Para que a inimputabilidade do dependente fosse reconhecida, tinha-se como pressuposto a sua capacidade intelecto-volitiva no momento do delito, abrindo maior espaço para que o julgador o considerasse imputável e reforçasse a ideologia do combate as drogas (RODRIGUES, 2006, p. 151).

Seu artigo 35 previa a impossibilidade de o réu apelar em liberdade, demonstrando a violação a garantias básicas do acusado, entre outras limitações. Além disso, o tipo de tráfico, disposto no artigo 12, elencou dezoito verbos sem nenhuma distinção entre eles e sem elemento subjetivo, aumentando a possibilidade de enquadramento no delito mais grave.

Apesar da ausência de previsão do elemento subjetivo no artigo 12, os tribunais entenderam que para esse dispositivo era necessário a intenção de lucro, isso porque o artigo 16 previa a expressão “para uso próprio”, levando a conclusão sistemática de que o simples uso era figura distinta do tráfico. O tipo autônomo de uso de entorpecentes previa a pena de seis meses a dois anos e multa, podendo, no entanto, aplicar alternativamente à pena, o tratamento.

É inegável, portanto, a influência norte-americana para o modelo repressivo na política criminal brasileira, principalmente na década de 70, que gerou uma militarização na luta contra as drogas na América-latina como um todo - pois o Brasil por exemplo, não é produtor, mas sua localização fica em posição estratégica-, aumentando a violência policial e o aumento de penas.

Com a reabertura democrática pouco se alterou no tocante a legislação de drogas, mas alguns benefícios foram adicionados com a lei n.º 6.416/77 como a criação dos regimes de progressão e a suspensão condicional da pena. Em 1984 temos a reforma da parte geral do código penal a fim de minimizar os efeitos negativos da prisão, ampliando as garantias dos

apenados, introduzindo, por exemplo, penas substitutivas da pena privativa de liberdade e o livramento condicional.

Logo em seguida, com advento da Constituição de 1988, paradoxalmente, ocorre um movimento de política criminal de endurecimento das penas e redução de garantias processuais, com destaque a edição da lei de crimes hediondos (lei n.º 8.072/90), que equipara aos tipos elencados em seu artigo 1º, o tráfico de drogas. Para o tráfico de drogas, assim como para os crimes equiparados aos hediondos (artigo 2º), foi inicialmente impedido sua progressão de regime, além da impossibilidade de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.

Uma nova tática autoritária disfarçada pelo discurso de segurança urbana, em um contexto influenciado pela política criminal nacional de lei e ordem, difundida pelos Estados Unidos, que servia para manter os conservadores no poder. Isso refletia uma política criminal em que o direito penal é simbólico, pois o aumento das prisões transmitia a ideia fictícia de maior segurança.

Ocorre que esse tipo de direito penal simbólico, além de criar uma realidade fictícia, ou reforçar o medo, para justificar a adoção de medidas repressivas, eleger políticos e ampliar o mercado do produto "prisão" e "segurança", ainda "vende" ou "remédio falso", pois atribui á força intimidadora da lei penal o efeito de redução de criminalidade, quando na verdade seu único poder é o de superlotar as prisões (RODRIGUES, 2006, p. 158).

Surge nesse momento, no plano nacional, o movimento de “lei e ordem”, sob influência norte-americana, que usava esse discurso para garantir a eleição dos políticos conservadores e a movimentação de bilhões para construção de prisões. Esse movimento tinha caráter moralista e populista, que movidos pela ideologia da segurança urbana, acreditavam na prisão como solução. O que ocorre no Brasil é o reforço do controle social sobre as classes mais baixas e a consequente superlotação carcerária.

Por outro lado, a mesma constituição prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais (JEC's), posteriormente regulamentado pela lei n.º 9.099/95, que introduz a transação penal e a suspensão do processo, indicando um movimento despenalizador do usuário de drogas, tendo em vista sua pena que não ultrapassavam 2 anos, se enquadrando, portanto, no benefício, que não gerava reincidência. Além disso, a edição da Lei n. 9.714/98, alterou o artigo 44 do Código Penal, que aumentou a aplicação de medidas penais alternativas para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena até quatro anos, e para os delitos culposos, a fim de diminuir os efeitos negativos do estigma e reduzir os altos custos das prisões superlotadas.

Já os traficantes, condenados a pena inferior a quatro anos não gozavam do benefício, visto que a jurisprudência considerava uma afronta a lei de crimes hediondos, mesmo sem nenhuma proibição expressa, já que o crime poderia ser cometido sem violência e cominado em pena inferior a quatro anos.

Essa nova realidade de justiça penal alternativa, portanto, não modificou em maior grau a superlotação das prisões, já que essa lei acaba se aplicando aos apenados que já não cumpriam pena privativa de liberdade, reforçando a desigualdade das camadas sociais, onde os pequenos traficantes, que vendiam por necessidade mereciam regime fechado, enquanto os usuários que "possuem condições de comprar drogas sem traficar, a despenalização" (RODRIGUES, 2006, p.163).

A verdade é que a diferenciação entre usuário e traficante estavam intimamente ligadas a uma divisão maniqueísta da estrutura social, pois o estereótipo atribuído ao indivíduo dependia de onde ele vinha e quem ele era, atestando essa identificação do traficante a indivíduos de classe social desfavorecida (RODRIGUES, 2006, p. 155).

Em 2002 foi promulgada a lei n.º10.409/02, muito criticada pela falta de técnica na edição dos tipos penais, vindo a ser vetada em partes, gerando a necessidade da permanência da lei n.º 6.368/76 em seu aspecto penal. Dessa forma, a questão de drogas passou a ser disciplinada por duas leis, a antiga (lei nº 6.368/76) regulando os aspectos penais e a nova (lei n.º10.409/02) no que se refere a parte processual (VASCONCELOS, 2012, p. 22/23).

A política brasileira de drogas oficializada em 2002 adota a prevenção como prioridade e faz referência à estratégia de redução de danos. No entanto, segue a linha do medo e da intimidação do direito penal, elegendo as drogas comopositor da ordem social. O artigo 12, §2º da lei n.º 10.409/02 faz menção à redução de danos, mas só foi regulamentada pela esfera federal em 2005.

As estratégias de redução de danos foram encaradas inicialmente como modalidades de auxílio, incentivo ou apologia ao uso e comércio de substâncias ilícitas, mas a efetividade comprovada por estudos científicos, com reconhecimento internacional, fez com que o Brasil também reconhecesse essa estratégia (RIBEIRO, 2014, p.174).

A base da nova ação de política de saúde pública é de que se a pessoa usa drogas, que o faça com os menores riscos e danos possíveis diminuindo sua vulnerabilidade aos diversos fatores predisponentes à sua exclusão social e exposição a morbidades e comorbidades decorrentes da precariedade das cenas de uso (RIBEIRO, 2014, p. 174).

Observamos a introdução da redução de danos na Política Nacional sobre Drogas de 2005, que dispõe em seus pressupostos:

Priorizar a prevenção do uso indevido de drogas, por ser a intervenção mais eficaz e de menor custo para a sociedade. Não confundir as estratégias de redução de danos como incentivo ao uso indevido de drogas, pois se trata de uma estratégia de prevenção.

A redução de danos é a maneira mais coerente com a ideia de Estado Democrático de Direito para lidar com o problema.

Com advento da lei n.º 11.343/06, foram revogadas as mencionadas leis, com objetivo de diferenciar ainda mais o usuário do traficante, aplicando pena mais severa ao traficante e erradicando a possibilidade da imposição de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, demonstrando uma continuidade ao processo de descriminalização.

3.2 A lei n.º 6.368/76

A lei n.º 6.368/76 surge meio à abertura política no Brasil e um modelo internacional de guerra contra as drogas, nos moldes norte-americanos, prevalecendo o ideal militarizado de repressão. Influenciado pelas campanhas de Lei e Ordem, “os temores que passam a nortear o senso comum sobre a matéria” (CARVALHO, 2013, p. 62). Na verdade, acabam distorcendo a realidade, visto que em meados da década de setenta os índices de comércio e consumo de drogas não se mostravam substancialmente elevados.

Em continuidade a orientação aberta pela lei n.º 5.726/71, a lei de tóxicos procurou ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra as drogas, tratando em seu primeiro capítulo sobre a prevenção (GRECO FILHO, 1995, p. 49).

Passou a ser dever jurídico de toda pessoa física e jurídica a colaboração no combate contra as drogas, importando em sanção expressa no caso das pessoas jurídicas que recebem auxílios ou subvenções da União, Estados, Municípios, ou órgãos da administração descentralizada.

Apesar de prever planos governamentais - que não é a melhor forma de lidar com o problema -, institui em seu artigo 3º o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão, pressupondo a unificação dos planos por orientação federal, possibilitando a visibilidade da prevenção e repressão em ângulo nacional.

No tocante a pessoa física, a lei não fez previsão quanto a forma de colaboração e sanção correspondente, o que não a tornou inútil. Para Greco Filho (2015, p. 52), a norma passa de imperativa para exortativa, um dever moral, no sentido de chamar todos a participar dessa guerra.

Ademais, foi adotado o sistema de monopólio das entidades públicas para o plantio, cultivo, colheita e exploração de plantas de que possam ser extraídas substâncias entorpecentes, a fim de facilitar o controle das drogas. Revogou-se tacitamente o decreto-lei n.º 4.720/1942 que possibilitava a União dar concessão a firmas particulares para cultura, extração e exploração dos princípios ativos das plantas entorpecentes.

Para Carvalho (2013, p. 76), a apresentação de medidas preventivas oculta um sistema repressivo autoritário típico dos modelos penais de exceção. Essa aparente preocupação com a prevenção servirá para justificar a densificação do sistema repressivo.

A lei trata em seu capítulo segundo sobre o tratamento e recuperação do dependente, abrangendo até aqueles que não praticaram o delito, sob uma ótica sanitária em que a toxicodependência revela uma intensa periculosidade social, determinando a necessidade de internação obrigatória, caso o quadro exija.

Ocorre uma espécie de criminalização da adicção, onde a dependência é associada ao cometimento de delitos, fazendo necessária a intervenção do estado para impedir possível conduta criminosa. Nessa nova lógica, o sistema de saúde é aproximado do sistema repressivo penal, abrindo espaço para o absurdo de se associar o usuário como adicto em potencial.

Além de agregar novos verbos ao tipo descrito no artigo 12 da lei n.º 6.368/76, aumenta-se a pena e a discricionariedade do julgador em sua decisão, cominada a reclusão de 03 a 15 anos, sem fazer nenhum tipo de distinção quanto a potencialidade danosa ao bem protegido, ou seja, para o pequeno vendedor é cominada a mesma pena do grande traficante.

A justificativa dada pela dogmática penal foi a dosimetria da pena aplicada ao caso concreto, observando todas as circunstâncias do caso, o que não ocorre na prática, visto que a maioria dos encarcerados são jovens pobres, solidificando uma visão seletiva do sistema penal, onde o jovem rico é encarado sob a perspectiva do estereótipo médico e o jovem pobre ligado ao estereótipo criminal. Outrossim, a lei autonomiza a associação para o tráfico, cria causas especiais de aumento de pena e pune como crimes consumados atos meramente preparatórios, aumentando a possibilidade de punição pelo sistema penal (CARVALHO, 2013, p. 79/80).

O artigo 16: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, apesar de não incriminar expressamente

o uso de entorpecentes, acaba por vias indiretas impondo sanção ao consumidor, tendo sua pena cominada em detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

3.3 A lei n.º 11.343/2006

Ante vigência da lei n.º 6.368/76 e da lei n.º 10.409/02 para a regulamentação de entorpecentes, surge a lei n.º 11.343/2006 para disciplinar toda a matéria referente ao uso e disseminação de drogas no Brasil, revogando expressamente em seu artigo 75 as leis anteriores.

A nova lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), firma compromisso com as medidas de prevenção do uso indevido e de reinserção, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, além de definir crimes.

A lei substitui o termo entorpecente para droga, sendo esta as substâncias elencadas na Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, 344/98, configurando uma norma penal em branco heterogênea. Isso significa que a norma exige complementação por outra norma de natureza diversa, ou seja, uma norma emanada pelo Poder Legislativo (lei), complementada por uma norma emanada do Poder Executivo (Portaria).

Além disso, incrementou as multas, que passaram de mil dias-multa, com objetivo claro de atingir o patrimônio do traficante.

A nova lei, com objetivo de diferenciar ainda mais o usuário do traficante, erradicou a possibilidade da imposição de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, como podemos observar no artigo 28, I, II e III, e tornou a pena para o tráfico de drogas ainda mais severa.

Quando foi discutido o PL 7.134/02 - oriundo do Senado, o Relator do Projeto na Câmara, Deputado Paulo Pimenta, ressaltou o entendimento de que a prisão dos usuários e dependentes não trazia benefícios à sociedade, tanto pelo fato de impossibilitá-los de receber o tratamento adequado, quanto de colocá-los em contato com agentes de crimes muito mais graves.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

[...]

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

Outrossim, o parágrafo segundo demonstra a adoção pela legislação brasileira de critérios subjetivos para distinção do usuário e traficante, “o que propicia estímulo ao encarceramento em massa em razão do enquadramento de jovens usuários das classes subalternizadas como traficantes” (MARONNA, 2014, p. 44).

A lei n.º 11.343/2006 traz em seu artigo 28 - tipo penal de ação múltipla - a perspectiva do usuário de drogas como dependente, deixando de lado a ideia de uma justiça retributiva, que sanciona, para dar lugar a uma justiça restaurativa, mais adequada ao problema de cunho interdisciplinar (ALBUQUERQUE, 2013).

Para caracterização do tipo previsto no art. 28 é necessário que a droga se destine ao consumo pessoal do acusado, ou seja, qualquer um dos verbos descritos no tipo com finalidade de consumo pessoal de terceiro já estaria fora desse enquadramento, restando configurado o delito de tráfico de drogas, disposto no artigo 33 da nova lei (GODOY, 2014).

É ante as penas previstas nesse artigo que surge a celeuma quanto a descriminalização do usuário, abrindo espaço para mais de uma interpretação.

Cabe salientar que o tratamento à que se refere o §7º do artigo 28 é direcionado somente aos dependentes, como medida em conformidade com a política de redução de danos. Visto que essa medida não tem caráter sancionador, não há que se falar em tratamento obrigatório, pois sua recusa não implicará prejuízo ao dependente. (MARCÃO, 2015, p. 67).

Por fim, a lei acrescentou novos núcleos ao tipo de tráfico, totalizando 18 verbos, além de aumentar a pena cominada para reclusão de 05 a 15 anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, demonstrando preocupação com a punibilidade severa do traficante.

O aumento da pena teve o propósito de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que o primeiro requisito para substituição é a aplicação da pena não superior a quatro anos, substituição admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob a égide da lei anterior, com respaldo na cominação da pena mínima de três anos. O resultado dessa rigidez é o superencarceramento (MARONNA, 2014, p. 52).

A lei, portanto, procurou abrandar as consequências para o usuário de drogas, visto como dependente e tornou mais rígida no tocante ao tráfico, como inimigo que deve ser combatido. Agora, resta analisar os argumentos sobre a natureza do artigo 28 e abordar as consequências geradas a partir desse enquadramento.

4 DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DELITUOSA OU NÃO DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

4.1 Análise sobre natureza criminosa do artigo 28 da lei 11.343/06

A descriminalização exclui a incidência do direito penal, o que não importa na licitude da conduta. “Retira-se da conduta a etiqueta de crime (embora permaneça a ilicitude)” (GOMES, 2006).

Para analisarmos a possível descriminalização de uma conduta, fez-se necessário compreender primeiramente o conceito de crime, que após longo processo de elaboração, culminou na teoria finalista da ação desenvolvida por Welzel (1930). Não obstante, a LICP (Decreto Lei 3914/41) também definiu crime em seu artigo primeiro:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para Gomes (2006), a conduta do usuário foi descriminalizada por não se adequar ao artigo 1º da LICP, visto que o artigo 28 só comina penas alternativas ao delito (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos). Não obstante, mantém-se o caráter ilícito da conduta, mas não ilícito penal, por não se enquadrar no conceito de “crime” nem de “contravenção penal”. Também não podemos falar em ilícito administrativo, pois as sanções não são aplicadas por uma autoridade administrativa, concluindo pela configuração de uma infração “sui generis”.

Além dessas considerações, deixa claro que a descriminalização é diferente da legalização, onde a conduta passa a ser lícita, como ocorreu com o álcool e tabaco. “O fato descriminalizado (que é retirado do âmbito do direito penal) pode deixar de constituir um ilícito penal, mas continuar sendo sancionado administrativamente ou com sanção de outra natureza. Na legalização o fato é descriminalizado e deixa de ser ilícito, ou seja, passa a não ser objeto de qualquer tipo de sanção” (GOMES, 2006).

O conceito exposto pela LICP, no entanto, se demonstra meramente formal, pois condiciona o delito à aplicação de reclusão ou detenção, gerando uma incoerência, pois não se

pode definir o crime pela pena, isso seria definir o crime pela sua consequência, e a consequência do crime é a pena, não o contrário.

Ademais, é relevante que se observe a época em que a lei foi elaborada. Sob a égide do Código Penal brasileiro de 1940, nem as penas alternativas encontravam guarida, ou seja, o conceito foi elaborado ante um contexto em que a pena privativa de liberdade era a única possibilidade, revelando as molduras estreitas desse dispositivo e sua desatualização (MARCÃO, 2015, p. 53).

Ainda no que se refere ao artigo primeiro da LICP, devemos levar em consideração seu status de lei ordinária, assim como a Lei nº. 11.343/2006, devendo-se aplicar o princípio da especialidade.

O raciocínio em prol da descriminalização estaria perfeito se a Lei de Introdução ao Código Penal tivesse *status* constitucional. Ocorre que este diploma legal não passa de uma lei ordinária, tal qual a Lei nº. 11.343/2006, a qual, por ser lei especial, pode dispor de maneira diversa de uma lei geral. Não se está afirmando que houve revogação da Lei de Introdução ao Código Penal; o art. 1º deste diploma legal continua vigente e aplicável a todos os demais crimes do ordenamento jurídico (MACEDO, 2009).

As penas previstas no artigo 28 são permitidas, encontrando respaldo legal no inciso XLVI do artigo 5º, CF, que autoriza outras penas além das elencadas no mencionado inciso, configurando um rol exemplificativo.

Outrossim, o artigo 28 da lei n.º 11.343/2006 se encontra disposto no capítulo que cuida “dos crimes e das penas”, revelando a opção do legislador em continuar criminalizando a conduta, apesar de atribuir pena diversa da privativa de liberdade. Ademais, o legislador fez previsão de reincidência em seu parágrafo quarto e regulamentou a prescrição para a posse de drogas para consumo pessoal no artigo 30.

Não podemos deixar de mencionar o movimento da política criminal de drogas no Brasil. É perceptível a falha do modelo de política proibicionista sob qualquer ângulo, tendo em vista o crescimento no consumo e os danos causados por esse modelo, como o encarceramento em massa e a violência (MARONNA, 2014, p. 45).

A política criminal de drogas chegou a seu momento mais violento com a adoção do modelo belicista após a decretação do Ato Institucional n.º 5, que editou o Decreto-lei 385/68, alterando a legislação de drogas para equiparar o usuário ao traficante.

Com o fim do período da ditadura no Brasil, é editada a lei n.º 6.368/76, trazendo de volta a ideia de ideologia da diferenciação, aplicando uma pena mais branda ao usuário de drogas, que tem a pena cominada em detenção de 6 meses a 2 anos. Mas, é a partir da Lei

9.099/1995, que regulamenta os JEC's (previsto na Constituição de 1988), que se cria a suspensão do processo - não gera reincidência -, apontada como uma primeira perspectiva despenalizadora em relação ao usuário.

Nesse mesmo sentido, a lei n. 9.714/98, alterou o artigo 44 do Código Penal, aumentando a aplicação de medidas penais alternativas para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena até quatro anos, favorecendo mais uma vez o usuário de drogas.

Por fim, temos a lei n.º 11.343/2006, que percebendo a falha em apenar com prisão a conduta do usuário, impossibilita a imposição de pena privativa de liberdade ao mesmo, seguindo uma política despenalizadora, que ainda não descriminalizou a conduta. A despenalização é um caminho para descriminalização, mas não se confundem.

Como podemos observar, o tema da descriminalização tem cunho político, e por isso tanta resistência. Ocorre o uso da pauta para garantir a eleição. “Os políticos não esperam só ganhar votos quando defendem o combate sem trégua às drogas, como conseguem tirá-los de adversários que ousem propor o debate sobre qualquer outra alternativa” (FIORE, 2014, p. 155).

A decisão mais acertada, portanto, é a de que a conduta descrita no artigo 28 da lei n.º 11.343/2006 foi despenalizada, ou seja, evitou-se o uso da pena de prisão para uma suavização da resposta penal, o que não retira o caráter de crime da infração.

Para Gomes (2006), “o caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para o delito”, ou seja, tem o escopo de evitar os efeitos negativos do encarceramento.

No mesmo sentido decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tratando em 2007 na Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n.º 430105-RJ, sobre Posse de droga para consumo pessoal e sua natureza jurídica:

[...]

Estou convencido, contudo, de que a conduta antes descrita no art. 16 da L. 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova.

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

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

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

[...]

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

O STF consolidou o entendimento de que a conduta descrita no artigo 28 da lei n.º 11.343/06 não perdeu o caráter criminoso, apenas eliminou a possibilidade de pena privativa de liberdade a fim de ressocializa-lo.

4.2 Consequências pela adoção da criminalização

4.2.1 Regressão de regime

Nosso ordenamento prevê o sistema progressivo de cumprimento de pena, onde o condenado, se atendido os requisitos exigidos no artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), progredirá para regime menos rigoroso, sendo vedado, em regra, a progressão por salto. Da mesma forma ocorre o inverso, ou seja, caso o apenado se enquadre em alguma das hipóteses previstas no artigo 118 da LEP, será transferido para regime mais rigoroso. "Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão" (MARCÃO, 2013, p. 193).

O artigo 118 da LEP (Lei n.º 7.210/1984) define as hipóteses taxativas em que estará o apenado sujeito a regressão, *in verbis*:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Vale ressaltar que a prática de fato definido como crime doloso independe de sentença condenatória transitada em julgado.

A conduta do usuário de drogas, se considerarmos que não houve sua descriminalização, ensejará regressão de regime conforme o inciso I - fato definido como crime doloso -, impondo ao usuário de drogas regime penitenciário mais rígido que qualquer pena prevista no do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Vale salientar que essa regressão está prevista como obrigatória, nos levando a incongruência de uma sanção em desconformidade com as diretrizes apontadas pela nova lei de drogas, que busca afastar os efeitos negativos do cárcere para aqueles que precisam de tratamento, despenalizando. Dessa forma, voltar para um regime mais rígido significa maior restrição de liberdade, tornando a punição desproporcional, visto que o tipo que não prevê a pena privativa de liberdade.

Se o usuário que só responde pelo delito descrito no artigo 28 não pode ser preso por tal conduta, não tem razão para que aquele que responde por outro processo sofra consequência diversa, pois estamos diante do mesmo fato, da mesma conduta descrita no artigo 28, que prevê a pena de advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos.

Se o usuário, pela nova Lei de drogas, não é mais punido com pena privativa de liberdade, não há motivo para que seu regime prisional sofra regressão durante a execução de sua pena em razão de ser o apenado surpreendido com drogas. A punição dada ao apenado deve ser a mesma dispensada ao indivíduo que não está cumprindo pena de prisão, sob pena de aplicar-lhe sanção maior que a prevista na nova Lei (FLORIANO, 2009).

Ademais, devemos levar em consideração o artigo 57 da LEP: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. Ante a leitura deste artigo, devemos observar a sanção prevista, a ofensividade do delito no caso concreto e o fato de que a conduta não prevê pena privativa de liberdade em seu preceito secundário.

Podemos avocar a violação ao princípio constitucional da proporcionalidade para considerar a regressão de regime causada pela conduta descrita no artigo 28 como inconstitucional. "Não é razoável que se imponha ao reeducando indiciado ou processado pelo delito em apreço consequências penais mais drásticas do que a própria condenação pelo delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006" (CASTRILLON, 2014).

A proporcionalidade deve ser analisada em relação a gravidade do fato típico e a gravidade dos seus efeitos na execução penal, ou seja, concretamente estamos diante de um crime de menor potencial ofensivo frente a uma restrição de liberdade. Logo, a escolha pela regressão de regime ante a conduta do usuário de drogas soa desproporcional quando

observamos a ofensividade do delito, o formalismo cego e a desconformidade com a Constituição Federal.

Não obstante, considerando o dever de disciplina do apenado previsto pela LEP em consonância com o princípio da proporcionalidade, o juízo da execução penal "a título de sanção, deverá lançar mão de outros meios mais adequados e menos excessivos que a imposição de regime prisional mais gravoso, tais como advertência, repreensão, a suspensão ou restrição de direitos ou a perda de alguns dias de remição" (CASTRILLON, 2014).

Cabe salientar que os crimes culposos e as contravenções, que tem como preceito secundário pena privativa de liberdade e prisão simples, respectivamente, não são alcançados pelo fenômeno da regressão, comprovando a desproporcionalidade de punirmos com regressão de regime um crime que nem sequer prevê pena privativa de liberdade.

Não obstante, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido pela autorização de regressão de regime, como observamos no Habeas Corpus nº 220.413, onde é Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze: "Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a prática de crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, apesar de não mais cominar pena privativa de liberdade, constitui falta grave, apta a autorizar a regressão de regime".

Podemos observar nos julgados do STJ, que o fundamento da regressão está no fato de que o artigo 28 não foi descriminalizado, como decidiu o STF (RE 430.105 QO/RJ), devendo, portanto, sofrer os efeitos do crime. Constatamos esse posicionamento em mais um julgado do STJ, no HC 151435 SP onde a Ministra Laurita Vaz foi relatora:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. APLICABILIDADE DO ART. 52 DA LEI N.º 7.210/84. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. O art. 52, caput, da Lei de Execução Penal, considera como falta grave a prática de fato previsto como crime doloso. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolição criminis e infração penal sui generis, afirmando a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, não obstante a despenalização. 3. "A posse de substância entorpecente no interior do estabelecimento prisional, ainda que para uso próprio, constitui falta grave (art. 52 da LEP)." (STJ, HC 109.145/SP, 5.ª Turma, Rel.Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010.) 4. Ordem denegada. (HC 151.435/SP, 5ª Turma, relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 12/5/2011)

Não concordamos, data vênia, com o entendimento adotado pelo STJ, uma vez a tese apresentada faz uma análise meramente formal. Ocorre uma solução simplista, onde a conduta analisada é considerada crime -decisão já pacificada pelo STF-, se enquadrando no conceito de

falta grave, que é causa apta a gerar regressão de regime. Assim como a tipicidade, acredito que a questão também deve ser observada em seu aspecto material, entrando a nova visão sobre o usuário de drogas trazida pela lei 11.343/2006, tratado não mais como um delinquente, mas alguém que necessita de tratamento. Nessa ótica, resta clara a falta de proporcionalidade em punir com um regime mais rigoroso alguém que deveria ser afastado do cárcere.

Nesse sentido, o Desembargador Edelberto Santiago, relator do Agravo em Execução Penal 1.0000.07.465505-1/001, reconhecendo a natureza do artigo 28 como crime, reconsidera a regressão de regime ante o princípio da proporcionalidade:

O MM. Juiz "a quo" indeferiu a regressão, ao fundamento de que, pela Lei nº 11.343/06, o uso de substância entorpecente não é mais crime e de que o fato não constitui falta grave (fls. 38). "Data venia", discordo da orientação do e. Julgador no que admite a descriminalização da conduta, vez que, a meu sentir, o porte de droga continua a ser previsto como crime, a par da ocorrência da despenalização, entendida como a exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal ao analisar a natureza jurídica do crime em questão (RE-430105QO/RJ - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - "in" DJU 27/04/2007, p. 69). No entanto, entendo que o abrandamento das penas previstas para o uso de drogas nos orienta, por medida de política criminal, a relativizar o teor criminógeno - no sentido etimológico, aquilo "que gera" criminalidade - da conduta, e, portanto, também a repercussão do fato em sede de execução penal, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

A decisão acima nos parece mais adequada, pois não encerrou sua análise na natureza do artigo 28, que autorizaria a regressão de regime por desaguar na falta grave. Continuou a análise considerando a orientação da política criminal trazida pela nova lei de drogas, culminando pela aplicação do princípio da proporcionalidade, afastando a imposição da regressão de regime.

Conclui-se, portanto, que é incoerente aplicar o disposto na LEP sem observar a pena prevista na Lei específica sobre drogas e utilizar o princípio da proporcionalidade. As leis devem ser aplicadas a partir de uma interpretação sistemática do Direito.

4.2.2 Reincidência

A reincidência significa repetir o fato punível, mas a definição jurídica não coincide com esse conceito, pois exige certas características desse fato punível. Esse instituto gera alguns efeitos para o acusado, como por exemplo dificultar a substituição da pena privativa de

liberdade por pena restritiva de direito ou multa, caso a reincidência seja dolosa, agravar a pena e impossibilitar o sursis, também em caso de reincidência dolosa.

O artigo 63 do código penal dispõe sobre o instituto: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. A reincidência exige, portanto, dois requisitos, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior e o a prática de novo delito, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Sendo assim, não há que se falar em reincidência quando o réu ainda está aguardando julgamento de recurso ou de alguma forma ainda não tenha ocorrido seu trânsito em julgado.

Cabe salientar que essa reincidência não é eterna, existe um limite temporal estabelecido pelo artigo 64. Esse período é de 5 anos, contados a partir do cumprimento ou extinção da pena. Se durante esse período o réu não cometer novo delito, será considerado réu tecnicamente primário. “Se, após a extinção ou o cumprimento da pena, transcorrer o lapso temporal de cinco anos sem que o agente tenha cometido crime, a realização de um novo delito não gerará a reincidência” (BRANDÃO, 2008, p. 342).

O início do período depurador serve também para estabelecer se a reincidência é real ou ficta, a primeira ocorre após o período de cumprimento ou extinção e antes do término de cinco anos, já a última se refere ao período em que esse marco ainda não ocorreu, ou seja, não houve nem o início dessa contagem.

Na mesma lógica percorrida pela regressão, estaríamos diante de uma incongruência gerada pela leitura assistemática do direito penal, onde a reincidência é dissociada do artigo 28 e sua postura despenalizadora. Isso porque a reincidência agrava a pena do novo crime que tem como pena cominada, a privação de liberdade, ou seja, a adição de pena do novo delito tem como base o crime anterior, que não prevê como pena a privação de liberdade.

No mesmo sentido entende o Juiz Mauro Ferradin, observando que a condenação por infração ao artigo 28 da Lei 11.343/06 não enseja registro para efeitos de antecedentes e reincidência, pois "se justifica pela necessária consideração dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, os quais, diante da despenalização da conduta em comento, repelem qualquer forma de privação de liberdade, ainda que indireta" (FERRADIN, 2015).

A fundamentação jurídico-penal para a reincidência encontra-se na maior perigosidade revelada pela reiteração da atividade delituosa. Com base nisso, observando a alteração advinda com a lei 11.343/06, onde o usuário é visto como alguém que necessita de ajuda e lhe é conferida diminuta ofensividade, desaparece a razão para aplicação desse instituto. A aplicação

do artigo 63, CP, sem observância do novo tratamento dado ao usuário de drogas pela lei 11.343/06, acaba violando o princípio da proporcionalidade.

Não obstante, Mirabete (2008, p. 309) leciona no sentido de que:

Não há qualquer distinção quanto à natureza dos crimes (antecedente e subsequente), caracterizando-se a reincidência entre crimes dolosos, culposos, doloso e culposo, culposo e doloso, idênticos ou não, apenados com pena privativa de liberdade ou multa, praticados no país ou no estrangeiro.

Dessa forma, o autor desconsidera o princípio da proporcionalidade ao igualar as penas privativas de liberdade à penas de multa.

No recurso de apelação do TJ-SP - Apelação n. 0009781-64.2010.8.26.0400, o Desembargador Márcio Bartoli foi relator, entendendo pela impossibilidade de ser gerada reincidência no tocante ao artigo 28. Primeiro observa que a questão não se refere a natureza jurídica do artigo 28:

[...]

Mas sim, com olhos na evidente e profícua reforma legislativa de mitigação do desvalor à conduta do usuário - vendo-o, agora, como dependente a ser tratado e não como delinquente a ser reprimido --, perquirir acerca da pertinência da aplicação da agravante geral da reincidência, sem a devida ponderação, ao condenado por uso de drogas das consequências jurídico-penais aplicáveis quando da prática de qualquer delito, como se estivesse a tratar de um ilícito penal ordinário, sem qualquer especificidade. Por mais que se defenda a natureza criminosa do artigo 28 da Lei 11343, é inegável que a ausência de previsão de pena privativa de liberdade como sanção, sequer de forma remota, significa uma relevante alteração na valoração do fato, de um diminuto desvalor e ofensividade, notadamente tendo-se em conta o regime normativo anterior.

[...]

Ocorre que não se pode pretender a aplicação do artigo 63 do Código Penal em hipótese de uso de drogas, olvidando-se, por completo, toda a inovação trazida com a Lei 11343/06, Lei, diga-se, especial, de mesma hierarquia e posterior que o Código Penal. Assim procedendo, estar-se-ia a negar a total alteração legislativa no tocante ao tratamento conferido ao usuário de drogas. Não se pode, ainda, pretender uma interpretação dissonante dos princípios constitucionais, mormente da proporcionalidade e razoabilidade.

[...]

A reincidência não deve ter valor absoluto porque muitas vezes o fato-crime anterior tem pouca relevância penal ou pode ter sido apenas um episódio isolado na vida do imputado, decorrente de circunstâncias momentâneas diversas, das quais ele não soube fugir ou não teria conseguido resistir.

[...]

Aa sanção prevista no tipo penal retrata o desvalor do ordenamento à conduta tipificada, pelo que a impossibilidade absoluta de privação da liberdade por violação do artigo 28 revela, de forma estreme de dúvidas, uma mudança radical na percepção e reprovação social ao comportamento do usuário, dantes delinquente a ser combatido e segregado, hoje dependente a merecer apoio e tratamento. Fator este que não pode ser negligenciado na análise do âmbito de incidência do artigo 63 do CP, que, não é demais salientar, não pode ser aplicado quando o fato anterior não goza de

significativa gravidade, pena de admitir-se irrestrita e injustificada compressão de direitos fundamentais.

Não obstante, no recurso de apelação do TJ-MG - Apelação nº 1.0687.12.000158-5/001, o Relator Desembargador Doorgal Andrada discorda do entendimento apontado pelo Desembargador Márcio Bartoli, analisando em seu julgamento a decisão acima mencionada:

[...]

Sob essa premissa, conclui-se no julgado que, por não haver cominação de PPL, a condenação pelo art. 28 não pode gerar reincidência. Eis o raciocínio: se a condenação anterior por uma contravenção, para a qual se comina PPL (prisão simples), não é apta a gerar reincidência para um crime que venha a ser posteriormente cometido (art. 7.º da Lei de Contravenções Penais - LCP c.c. art. 63 do Código Penal - CP), infere-se não ser razoável que a condenação anterior pelo art. 28, que nem sequer comina PPL, possa gerá-la. Como se nota, esse raciocínio se foca unicamente na qualidade da pena cominada (PPL ou não-PPL), olvidando-se, portanto, da natureza da infração penal - se crime ou contravenção.

[...]

Contudo, conforme a premissa fixada no julgado, aqui comentado, insta indagar: ora, mas o art. 28 não é crime, mesmo não se cominando PPL? E para se fixar essa premissa, não se teve que focar na natureza da infração (crime), cujo estabelecimento, afirmou-se, prescinde da análise da pena cominada (se PPL ou não)? Por qual motivo então, agora, mudar o foco (da natureza da infração para a pena que lhe é cominada) quanto à sua aptidão a gerar reincidência? Afirmar que o art. 28 é um crime que não gera reincidência é contradizer a premissa fixada. Ora, se é crime, então deve gerar reincidência, ou seja, deve-se manter a coerência do raciocínio.

Ante os posicionamentos acima, acreditamos que o embasamento na razoabilidade para afastar a possibilidade de reincidência é a forma mais correta para resolução da celeuma. Não obstante, nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento no sentido de que a condenação por porte de drogas para consumo próprio gera reincidência, uma vez que a nova lei apenas despenalizou a conduta (Informativo n. 0549).

Observamos, para análise do entendimento do STJ, o Habeas Corpus n. 275126, onde foi Relator o Ministro Nefi Cordeiro:

Sem reparos os bem traçados termos do acórdão supracitado. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, alinhado ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, gera reincidência, porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis).

Assim como nos julgados referentes a regressão de regime, existe uma análise meramente formal, onde basta a conduta do artigo 28 ter sido considerada crime para que enseje a reincidência. Acredito que a solução continua no princípio da proporcionalidade, pois não se pode negligenciar a mudança na percepção e reprovação social ao comportamento do usuário trazida pela nova lei de drogas.

4.3 Consequências pela adoção da descriminalização

Ante a hipótese da descriminalização defendida por Luiz Flávio Gomes, não há que se falar em reincidência e regressão de regime, isso devido ao princípio da taxatividade. Se uma conduta é considerada *sui generis* por não se enquadrar no conceito de crime ou contravenção, não tem como gerar as consequências que só o crime ou a contravenção gerariam. Ocorre que a descriminalização retira a possibilidade da incidência do direito penal, ou seja, além de afastar a hipótese de regressão ou reincidência, mitigaria o estigma conferido aos usuários de drogas.

Se perfilharmos o entendimento da descriminalização, uma condenação por uso de entorpecente não mais caracterizaria maus antecedentes e reincidência. Então, o usuário continuaria primário e portador de bons antecedentes (o seu estado de inocência não estaria, sequer, arranhado), o que assume extrema relevância para uma série de benefícios, tais como as reduções dos lapsos temporais para obtenção de progressão de regime e o livramento condicional em crime hediondo e equiparado, bem como o livramento condicional em crime não hediondo (MACEDO, 2009).

Afastar a conduta descrita no artigo 28 da esfera penal, portanto, o beneficiaria. Tanto por minimizar o estigma que o persegue, quanto no sentido de não ser mais causa para agravar pena e regredir de regime.

4.4 A constitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/2006 por meio do Recurso Extraordinário 635.659

É importante ressaltar, que independente da teoria adotada sobre a criminalização ou não do artigo 28, atualmente é discutida em sede de Recurso Extraordinário a inconstitucionalidade de tal dispositivo. O recurso n. 635659, com repercussão geral, foi

movido pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de um réu pego com 3 gramas de maconha na prisão.

O relator do recurso ora mencionado foi o Ministro Gilmar Mendes, que apresentou seu voto em 20/08/2015, no sentido da descriminalização das drogas para uso pessoal, sem distinção, ante a inconstitucionalidade do artigo 28.

Em seu voto utilizou a Corte Alemã como baliza para o controle de constitucionalidade de lei penal, analisando se o direito penal (última ratio) foi a forma mais adequada para a proteção do bem jurídico.

Levando em consideração sua classificação de delito de perigo abstrato, ressaltou a importância do rígido controle de constitucionalidade baseado no princípio da proporcionalidade.

Delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade (RE nº 635659 - Voto de Gilmar Mendes, p.13).

O controle de evidência observa se "as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental" (RE nº 635659 - Voto de Gilmar Mendes, p.16). A lei 11.343/06 faz alusão a prevenção e reinserção dos usuários e dependentes de drogas, no entanto, criminaliza sua conduta. O estigma oriundo da criminalização é contrário aos objetivos traçados pelo sistema nacional de políticas sobre drogas.

O controle de justificabilidade analisa "se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma" (RE nº635659 - Voto de Gilmar Mendes, p. 8). Ele ressalta a insuficiência de estudos que revelem a repressão como melhor forma de combater o tráfico, afirmando inclusive, que apesar dessa política o tráfico só aumentou. Levou em consideração estudos em países que adotaram a descriminalização, constatando que em nenhum deles houve grandes alterações na quantidade de usuários, levando a conclusão que a inclusão da conduta na esfera penal não é tão importante para a decisão do consumo.

Por último temos o controle de intensidade, onde examina "se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental mostra-se necessária, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes" (RE nº635659 - Voto de Gilmar Mendes, p.25/26). Ante o confronto entre o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, o direito à intimidade e à vida privada, deve-se observar se a tutela do

bem jurídico coletivo não poderia alcançar o fim desejado por outra via, fazendo com que os direitos de cunho individual fossem atingidos de forma menos gravosa.

Primeiramente entendeu que o interesse coletivo deve exigir uma certa lesividade individual para justificar a tutela penal, quando o que ocorre é uma tutela genérica que não leva em conta os diferentes graus de implicação. Além disso, o Ministro considerou afronta ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tendo em vista que a conduta descrita no artigo 28 só coloca em risco a sua própria saúde.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante. (RE nº635659 - Voto de Gilmar Mendes, p.36/37).

Concluindo que a prevenção do uso indevido, anunciada pelo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, pode ser obtida por meio de outras medidas fora da esfera penal, não justificando a ofensa à privacidade e intimidade. Dessa forma, a criminalização se demonstra uma restrição desnecessária "a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade" (RE nº635659 - Voto de Gilmar Mendes, p.49).

Restou clara a violação ao princípio da proporcionalidade, ensejando a inconstitucionalidade do artigo 28 e o provimento do recurso, no sentido de considerar descriminalizada a conduta do usuário, sem deixar de lado as medidas já previstas, convertendo-as para natureza administrativa.

Após o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin, que votou em 10/09/2015, se pronunciando pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, apesar de restringir seu voto à maconha. Além disso, manteve a tipificação criminal das condutas relacionadas a sua produção e à comercialização. Outrossim, atribuiu ao legislativo o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, além de entender pela necessidade de ampliação do debate referente à matéria, sugerindo inclusive a criação de um observatório judicial sobre drogas.

Na mesma sessão, o Ministro Roberto Barroso apresentou seu voto, no mesmo sentido que o Ministro Fachin, considerando a descriminalização restrita à maconha. Não obstante,

definiu o parâmetro de distinção entre usuário e traficante, estabelecendo a quantidade de 25 gramas, além de estender a inconstitucionalidade a sua produção para consumo pessoal, limitado a seis plantas fêmeas, como ocorreu no modelo do Uruguai. Esses critérios valeriam até que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria. Para o Ministro, é importante esse critério objetivo de distinção, pois “o direito nunca deve ser lotérico. Saber se o jovem preso é usuário ou traficante não deve caber ao policial ou ao juiz” (RE nº 635659 - Voto de Luís Roberto Barroso).

Ao final dos votos, o ministro relator contestou a diferenciação das drogas, afirmando que isso causaria um problema delicado referente a estigmatização. Ademais, cabe ressaltar que o ministro Relator ajustou seu voto original no sentido de retirar a pena de prestação de serviços à comunidade do antigo rol, por se tratar de pena restritiva de direitos, valendo-se da redução de texto.

Após o voto dos Ministros, o Ministro Teori Zavascki pediu vista do Recurso, suspendendo o julgamento. Apesar de restarem 8 Ministros, o STF aparenta estar em caminho a descriminalização via inconstitucionalidade, pois apesar das divergências, percebe-se o entendimento em comum de que a criminalização não é o meio mais adequado para lidar com as questões referentes as drogas, devendo-se dar atenção especial a redução de danos. Além disso, todos concordam de certa forma em adotar critérios mais objetivos em relação a distinção feita entre usuários e traficantes.

5 CONCLUSÃO

Ante a celeuma acerca da descriminalização da conduta descrita no artigo 28 da lei 11.343/2006, percorremos um caminho iniciado pela análise da conceituação de delito pelo ordenamento brasileiro. A elaboração do conceito de crime foi aperfeiçoada ao longo do tempo, com grande contribuição da dogmática Alemã, culminando na Teoria finalista da ação, desenvolvida por Welzel. A exposição de motivos do nosso código Penal de 1984 expõe a adoção dessa teoria, o que nos levaria a conclusão de que a conduta não foi descriminalizada, por continuar descrita na lei 11.343/2006 como proibida, no capítulo dos crimes e das penas.

No entanto, nos deparamos com o conceito de delito descrito pelo artigo 1º da LICP, que considera crime apenas as condutas que determinam pena de detenção ou reclusão em seu preceito secundário. Diante desse conceito, Luiz Flávio Gomes entendeu pela descriminalização da conduta, vez que as novas penas previstas no artigo 28 não se adequavam ao conceito.

Após esse passo, observamos a legislação brasileira sobre drogas ao longo do tempo, que chegou ao ponto de equiparar o usuário de drogas ao traficante (Decreto-lei 385/68). Com a redemocratização e a edição da lei n.º 6.368/76, o discurso da ideologia da diferenciação é retomado, cominando a pena de detenção de seis meses a dois anos para os usuários. A partir lei 9.099/1995, que introduziu a suspensão do processo para os crimes de menor potencial ofensivo, analisa-se uma política criminal despenalizadora no tocante ao usuário, pois a pena cominada desaguava no benefício, evitando seu recolhimento à prisão.

Com a edição da lei 11.343/06, o legislador erradicou a possibilidade de pena privativa de liberdade para a conduta descrita no artigo 28, demonstrando a mudança de visão no que se refere ao usuário, pois a visão de delinquente dá espaço para visão de alguém que necessita de tratamento. A política criminal adotou uma postura no sentido de despenalizar, ainda de forma mais incisiva, o usuário de drogas.

Enfim, se tem uma política que vem entendendo que a prisão não é a solução mais adequada, mas não afastou as rédeas penais, continuando a incidir outros efeitos penais, pois as penas descritas não deixaram de ser penas, pois o inciso XLVI do artigo 5º, CF, não é um rol taxativo.

Além disso, precisamos levar em consideração que a LICP é de 1940, então além de um conceito formal, na época, a pena privativa de liberdade era a única possibilidade.

Ademais, a LICP tem natureza ordinária, ou seja, nada impede que a lei 11.343/06 como lei específica defina uma conduta como crime. Foi o que ocorreu com o artigo 28, elencado no capítulo dos crimes e das penas, reafirmando sua natureza quando trata em seu parágrafo 4º sobre o efeito da reincidência.

Dessa forma, refuto minha hipótese no sentido de que apesar de toda política de despenalização e do artigo 1º da LICP, não houve descriminalização da conduta, por todo exposto acima.

Ocorre que a partir desse enquadramento, a conduta do usuário poderá ensejar a regressão de regime e reincidência, o que me parece incoerente frente a diretriz proposta pela nova lei de drogas. Não é proporcional que se puna um delito que não prevê a pena privativa de liberdade em seu preceito de forma tão rigorosa, pois o que ocorre é uma punição indireta dessa modalidade de pena.

Tanto na reincidência como na regressão de regime, o STJ tem entendimento consolidado no sentido de ter sido o artigo 28 considerado crime (430105QO/RJ) e, portanto, deve gerar os mencionados efeitos. No entanto, entendo que essa tese faz uma mera análise formal da questão. Entendo que devemos ter uma visão baseada no princípio da proporcionalidade, pois não vejo sentido em punir de forma tão rígida uma conduta que foi considerada pela política criminal como minimamente ofensiva. Encontrei julgados no sentido de levar em consideração a despenalização para o uso de drogas como base para relativizar suas consequências, à luz do princípio da proporcionalidade.

O direito precisa ser analisado de forma sistemática, onde o código penal e a LEP observem a intenção do legislador ao afastar a possibilidade de sua restrição de liberdade, mitigando o desvalor à conduta do usuário, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Por fim, cabe salientar que mesmo a conduta não tendo sido descriminalizada, corre em sede de Recurso Extraordinário no STF discussão acerca da inconstitucionalidade desse artigo. Até o presente momento temos o total de 3 votos, dos quais dois restringem a inconstitucionalidade à maconha e um (relator) estende a todas as drogas, o que me parece a decisão mais acertada. Apesar dessa pequena divergência, percebemos que o nosso STF caminha no sentido de declarar inconstitucional o artigo 28 e, portanto, afastar o usuário da esfera do direito penal.

O trabalho propõe uma reflexão acerca da punição de pena privativa de liberdade indireta aplicada aos usuários de drogas - regressão de regime e reincidência-, que acaba ferindo

o princípio da proporcionalidade, por não observar a nova visão sobre o usuário, entendido como alguém que precisa de tratamento, e não de prisão.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernando Machado. **Usuário de Droga: Justiça Restaurativa**. Diário de Um Navegante. 2013. Disponível em: <<http://chicoeliton.blogspot.com.br/2013/01/usuario-de-droga-justica-restaurativa.html>>. Acesso em 06/11/2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

_____. **Teorias da conduta no direito penal**. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 07 out. 2015.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 151435 SP**. Relator (a): Ministra Laurita Vaz, julgado em 03/05/2011, Quinta Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14939127&num_registro=200902078847&data=20110512&tipo=91&formato=PDF> acesso em 20/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 220.413**. Relator (a): Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 25/06/2013, Quinta Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29442401&num_registro=201102354312&data=20130701&tipo=51&formato=PDF> acesso em 20/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 275.126 SP**. Relator (a): Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 18/09/2014, Sexta Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38030250&num_registro=201302579850&data=20141003&tipo=51&formato=PDF> acesso em 01/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n.º 430105**. Relator(a): Min. Sepúlveda, julgado em 13/02/2007, Primeira Turma, publicado em 13/02/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>> acesso em 24/10/2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: Parte Geral - Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 06. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

CASTRILLON, Saulo Fanaia. **Delitos e Penas: Regressão de regime penal por porte de drogas é desproporcional**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-25/saulo-castrillonregressao-penal-porte-drogas-desproporcional>>. Acesso em nov 2015.

FERRADIN, Mauro. **A reincidência e o usuário de drogas**. Ricmais, Florianópolis, 08 jul 2015. Disponível em: <<http://ndonline.com.br/florianopolis/colunas/opiniaio/268088-a-reincidencia-e-o-usuario-de-drogas.html>>. Acesso em 06/10/2015.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. **Drogas e Direito Penal Mínimo** - Análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas. Revista Brasileira de Ciências Criminais: Revista dos Tribunais, v.16, n.75, dez/2008.

FIORE, Maurício. O lugar do estado na questão das drogas: O paradigma proibicionista e as alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Shecaira. (Org.) **Drogas: uma nova perspectiva**. 1ª. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2014. v. 1. 269 p.

FLORIANO, Camila Santos da Silva. **A posse de substâncias entorpecentes no contexto da Lei nº 11.343/06 e suas repercussões na execução penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6097>. Acesso em nov 2015.

GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3919, 25mar.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071>>. Acesso em: 1 nov. 2015.

GOMES, L.F. **Nova lei de tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal**. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI29019,11049-Nova+lei+de+toxicos+descriminalizacao+da+posse+de+droga+para+consumo>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos Prevenção - Repressão**: Comentários à lei n.º 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da Legislação vigente e de referência jurisprudencial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACEDO, Guilherme Costa. **Admoestação ao usuário de drogas e a descriminalização da conduta de uso, ante a nova Lei Anti-drogas**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7076>. Acesso em: 05mar. 2015.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, lei de drogas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Shecaira. (Org.) **Drogas: uma nova perspectiva**. 1ª. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2014. v. 1. 269 p.

MASI, Carlo Velho. **As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro**: desafios da Dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40567>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **RECURSO APELAÇÃO** nº 1.0687.12.000158-5/001. Relator Desembargador DOORGAL ANDRADA - julgado em 23/01/2013, 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114576649/apelacao-criminal-apr-10687120001585001-mg/inteiro-teor-114576698>> acesso em 15/10/2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL** n. 1.0000.07.465505-1/001. Relator Desembargador Edelberto Santiago - julgado em 26/02/2008, 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=D6B8781EC7B2E9F810B598FD74E74E29.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=4655051-95.2007.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar > acesso em 01/11/2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** São Paulo: Atlas S.A., 2008.

RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Shecaira. (Org.) **Drogas: uma nova perspectiva**. 1ª. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2014. v. 1. 269 p.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **RECURSO APELAÇÃO** nº 0009781-64.2010.8.26.0400-SP. Relator Desembargador MÁRCIO BARTOLI - julgado em 05/03/2012, 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5757802&cdForo=0>> acesso em 15/10/2015.

VASCONCELOS, Luis Fernando Maluf Lopes. **Nova Lei de Drogas: crimes de uso e de tráfico de drogas**. 2012. 57 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2012. Disponível em: <http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/428b2065291aed78e89ab3815d6be37f.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema delderecho penal**– Una introducción a ladoctrina de laacción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.