

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

**A NOVA LEI DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI
PENAL MAIS BENIGNA**

PATRÍCIA COSTA DOS SANTOS

**RIO DE JANEIRO
2008**

Patrícia
Costa
dos
Santos

2004

UERJ

UFR

2008

PATRÍCIA COSTA DOS SANTOS

**A NOVA LEI DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL
MAIS BENIGNA**

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

ORIENTADOR: Professor Dr. Nilo Batista

RIO DE JANEIRO
2008

Santos, Patrícia Costa dos.

A Nova Lei de Drogas e o Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benigna / Patrícia Costa dos Santos – 2008
60 fls.

Orientador: Nilo Batista.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: fls. 58-60.

1. Uso e tráfico de drogas - Monografias. 2. Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benigna. I. Batista, Nilo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. A Nova Lei de Drogas e o Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benigna.

CDD 341.5555

PATRÍCIA COSTA DOS SANTOS

A NOVA LEI DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA
LEI PENAL MAIS BENIGNA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito, sob a
orientação do Prof. Dr. Nilo Batista.

Data da aprovação ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nilo Batista – Orientador

Prof.

Prof.

Aos meus pais, Laerte e Cátia, pelo amor,
apoio e incentivo incondicionais;

À minha irmã Paula, minha eterna
companheira; e

Àqueles que perderam familiares ou amigos
queridos na abjeta e incansável luta contra
as drogas.

Em primeiro lugar e, principalmente, agradeço a Deus, em quem busquei a fé necessária para encarar com leveza os árduos momentos de dedicação e concentração para a elaboração deste trabalho.

Agradeço também, como não poderia deixar de ser, aos meus pais a quem devo dedicar incondicionalmente tudo o que fui, sou e ainda hei de ser. O meu muitíssimo obrigada para aqueles que foram meus primeiros professores, que sempre estiveram na torcida por cada desafio por mim enfrentado e que, sobretudo, me ensinaram a verdadeira importância de crescer em uma família na qual o amor e o respeito prevalecem sobre todas as coisas. Ao meu pai pelas infinitas horas de trabalho pesado convertidas nos recursos necessários à minha formação. À minha mãe pela abdicção de uma vida profissional em prol da minha criação. Tudo valeu a pena.

Não poderia me esquecer da minha irmã a quem espero que este trabalho sirva como incentivo para a sua vida acadêmica que começa a ser trilhada – pois os desafios, de certo, serão muitos, mas, ao final, o nosso auto-orgulho será sempre nossa maior recompensa.

Agradeço, também, ao Dr. Nilo Batista que, em nossas sessões de orientação de monografia, com sua elegância e sabedoria inigualáveis, fez crescer ainda mais o meu amor pelo Direito Penal. Tampouco poderia olvidar do Dr. André Nascimento, pela presteza usual e pelo envio de sua tese de mestrado, que se converteu em precioso material de consulta.

Agradeço, por fim, a todos os entes queridos, amigos e às pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

“Seja a mudança que você quer ver no mundo.”

(Mahatma Ghandi)

RESUMO

DOS SANTOS, P. C. *Nova Lei de Drogas e o Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benigna*. 2008. 60 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

O objetivo geral do presente trabalho é desenvolver um estudo acerca das questões de Direito Transitório surgidas quando veio a lume a Nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06. Isto porque esta nova legislação ensejou uma série de novas situações para os autores dos delitos nela tipificados, ora sendo a lei mais benéfica, quando comparada com a antiga Lei nº 6.368/76, ora sendo a lei mais maléfica *in casu*. Desta feita, foi elaborada uma pesquisa a fim de que pudessem ser vislumbradas as mais variadas situações travadas pela Nova Lei de Drogas quando em comparação com a antiga legislação. Tem-se que o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra respaldo no Código Penal e na Constituição Federal, sendo decorrência inafastável do princípio da legalidade. Discute-se, assim, acerca da possibilidade de combinação de preceitos da lei nova com preceitos da lei antiga, naquilo em que cada uma for mais favorável ao réu, especialmente no que tange à possibilidade de combinação da causa de diminuição de pena especial prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 com a pena-base mínima cominada prevista na Lei nº 6.368/76. Desta forma, o foco principal do trabalho pauta-se exatamente nas inovações trazidas pela Nova Lei de Drogas e seus reflexos quanto ao fenômeno da sucessão de leis penais no tempo, sendo, para tal, trazidas as opiniões de diversos autores, bem como as atuais posições dos Tribunais. Também é ressaltada a opção político-criminal do legislador quando da elaboração na nova Lei, criticando-se a incoerência revelada pela disparidade de tratamentos entre usuário e traficante, sendo certo que ambos realizam atividades que se complementam. A idéia do trabalho é, ainda, elucidar a histórico da criminalização das drogas no Brasil e desvendar os diferentes modelos de política criminal de combate às drogas existentes no Brasil e no mundo.

Palavras-chave: Lei de Tóxicos; Drogas; Entorpecentes; Retroatividade; Lei Penal mais Benigna; Combinação de Leis.

ABSTRACT

DOS SANTOS, P. C. *Nova Lei de Drogas e o Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benigna*. 2008. 60 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

The general objective of this work is to develop a study on issues arising of Transitional's Law that came to light with the New Drugs's Law - Law number 11.343/06. That's because this new legislation made born a lot of new situations for the perpetrators of crimes it concerns: sometimes the new law is more beneficial as compared to the old Law number 6.368/76, sometimes the new law is the more malevolent law in some situations. This way, a search was drafted to develop the most varied situations fought by the New Law of Drugs when compared with the old legislation. There are also some studies about the principle of retroactivity of more benign criminal law that finds support in the Criminal Code and the Federal Constitution, and is a clear result of the principle of legality. Therefore, there is a discussion about the possibility of combining precepts of the new law with precepts of the old law, in what each one is more favorable to the defendant, especially about the possibility of combining the special sentence's reduction question provided in paragraph 4th of Article 33 of Law number 11.343/06 with the penalty-core previewed in the Law number 6.368/76. Thus, the main focus of the work are exactly the innovations brought by New Law of Drugs and its reflections on the phenomenon of criminal law's succession in time, brought, to that end, the views of various authors and the current positions of the courts. It is also brought the legislature's political-judicial option when drafting the new law, criticizing the inconsistency shown by the disparity of treatment between user and trafficker, because their both perform activities are complementary. The idea of this work is still to elucidate the history of drugs criminalization in Brazil and unravel the different models of criminal policy to combat drugs existing in Brazil and the world.

Keywords: Toxic's Law; Drugs; Narcotic; Retroactivity; more Benign Criminal Law; Combination of Laws.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O FENÔMENO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO.....	11
3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA – A ANTIGA LEI Nº 6.368/76 E SUAS POSTERIORES ALTERAÇÕES.....	19
4. POLÍTICA CRIMINAL E A PERSPECTIVA DE CRIAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06.....	23
5. O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA – UMA ACEPÇÃO SOBRE O FENÔMENO DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO.....	30
6. OS NOVOS INSTITUTOS CONTEMPLADOS PELA LEI Nº 11.343/06.....	34
7. A APLICAÇÃO DA NOVEL LEI DE DROGAS E A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL.....	46
7.1 A técnica da combinação de leis como necessária à efetivação do corolário da retroatividade da lei penal mais benigna.....	46
7.2 A causa de diminuição de pena especial do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e a combinação de leis.....	48
7.3 A atual posição dos Tribunais.....	50
8. CONCLUSÃO.....	54
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de projeto de pesquisa cujo escopo é analisar a nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06 – e a retroatividade da lei penal mais benigna. Influenciarão o estudo desta questão a disciplina de Direito Penal e de Direito Processual Penal garantindo uma abordagem detalhada da Lei nº 11.343/06 em comparação com a Lei nº 6.368/76, sob a ótica jusconstitucionalista. Serão analisadas as inúmeras questões controvertidas que vêm sendo enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência acerca das inovações trazidas pela Lei nº 11.343/07, ensejando ora situações mais maléficas, ora situações mais benéficas para o réu quando em comparação com a antiga Lei que regia o assunto, a Lei 6.368/76.

A metodologia a ser utilizada terá por base dados bibliográficos e documentais, sendo estes relativos à jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como dos Tribunais de Justiça Comum, tendo em vista os propósitos descritivos e exploratórios da pesquisa.

Tem-se como objetivo fulcral desta pesquisa a análise da nova Lei de Drogas e seus desdobramentos no que tange à possibilidade da lei penal mais benéfica alcançar fatos pretéritos. Desta feita, pretende-se descrever correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema a fim que se encontre a solução mais equilibrada do ponto de vista sócio-jurídico.

A linha de argumentação será pautada em torno da problemática da retroatividade da lei penal mais benéfica e a aplicação deste princípio no âmbito da Lei nº 11.343/06, encerrando relevante discussão doutrinária acerca da possibilidade ou não de combinação de parte da lei anterior e parte da lei superveniente com o escopo de, qualquer modo, favorecer o agente. Importante lembrar que os institutos recém contemplados pela novel Lei de Drogas vêm ensejando inúmeros pedidos de aplicabilidade imediata da mesma, seja em casos de processos ainda em andamento, como também em casos de processos já em fase executória.

Tem-se que o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal prevê que: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Tal

dispositivo tem reforço constitucional no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal que assim preconiza: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Nesta esteira, sabe-se que a Lei nº 11.343/06 trouxe ao cenário jurídico velho debate acerca de institutos de interpretação da norma penal e sua incidência de acordo com os direitos fundamentais ao dar novo tratamento a diversas situações contempladas de forma distinta pela revogada Lei nº 6.368/76.

Vislumbram-se novas situações jurídico-penais, tais como: a inexistência de dispositivo semelhante ao concurso eventual do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76, evidenciando sua verdadeira abolição como causa de aumento; previsão na nova Lei de uma causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3 ao réu primário e sem antecedentes, desde que não envolvido em atividades criminosas nem integrante de organização criminosa, configurando a figura do traficante ocasional; o crime de “oferecer, droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos, a consumirem” (artigo 33, § 3º), encerrando a figura do traficante eventual e íntimo que surge para mitigar possível excesso do artigo 12 da Lei antiga, sendo uma nova figura penal, com penas previstas entre 06 meses a 01 ano de detenção e 700 a 1.500 dias-multa; a conduta de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” (artigo 33, § 2º), com reprimenda de 01 a 03 anos de detenção e multa de 100 a 300 dias-multa; a causa de aumento de pena de 1/6 a 2/3 quando restar caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entres estes e o Distrito Federal, conforme o artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06, entre outras modificações.

Surgem, assim, algumas controvérsias no que diz respeito à aplicação da *lex mitior* e o princípio da retroatividade apenas da lei penal mais benigna, sob pena de afronta aos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal.

A doutrina divide-se, ainda, quanto à possibilidade de conjugação de dispositivos de lei anterior e posterior, sempre no que cada uma seja mais favorável ao agente. A corrente contrária entende que o Juiz estaria criando nova lei, enquanto parte dos doutrinadores entende que a dogmática legal obriga a subordinação do papel preponderante do preceito constitucional.

Ademais, a fim de contextualizar o tema trazido pela Lei nº 11.343/06, será feita uma perspectiva do recente fenômeno de criminalização das drogas no Direito

Brasileiro e Internacional para que se entenda a opção legislativa adotada com a novel Lei e todas as repercussões sociais que seus institutos estão gerando e podem vir a gerar futuramente.

Certo de que este trabalho cairia no vazio da dogmática legislativa caso ficasse jungido apenas às questões processuais de aplicabilidade no tempo da Nova Lei de Drogas, parece que o grande trunfo deste estudo é traçar, *a priori*, um breve panorama acerca dos movimentos políticos norte-americanos e latino-americanos que foram e são determinantes para a construção da política criminal de drogas no Brasil e no mundo.

2. O FENÔMENO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO

Antes mesmo de adentrarmos no ponto fulcral deste trabalho, qual seja, a análise dos institutos trazidos pela Lei n° 11.343/06 e sua coadunação com o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, é cabível e interessante traçar alguns aspectos históricos acerca da questão das drogas a nível nacional e internacional.

Segundo Francisco Muños Conde:

à luz das diversas declarações da Organização Mundial da Saúde, se pode entender por droga a substância, natural ou sintética, cujo consumo repetido, em doses diversas, provoca nas pessoas: 1°) o forte desejo ou necessidade de continuar consumindo-a (dependência psíquica), 2°) a tendência a aumentar a dose (tolerância) e 3°) a dependência física ou orgânica dos efeitos da substância, que faz verdadeiramente necessário seu uso prolongado para evitar síndrome de abstinência. (...)¹

Sendo um vocábulo genérico, podendo adotar múltiplos significados, grande parte da doutrina tem manifestado sua preferência por utilizar a definição da OMS (Organização Mundial de Saúde) para a acepção de “drogas”, segundo a qual “droga é toda substância que introduzida no organismo pode modificar uma ou mais funções deste, tendo a capacidade de gerar dependência caracterizada pelo impulso de valer-se da substância de modo continuado ou periódico, seja a fim de obter os seus efeitos, seja a fim de evitar o mal-estar decorrente de sua falta.”

Reforçando o conceito supramencionado, a Lei n° 11.343/06 conceitua drogas no parágrafo único do seu artigo 1° com a seguinte norma penal em branco: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”

Passada esta breve exposição do que vem a ser entendido por “drogas”, vale lembrar que tal tema, carregando inegável carga emocional em suas discussões, desperta, além da curiosidade de leigos, a preocupação e o interesse de estudiosos, especialmente das áreas científica e jurídica, eis que, cada vez mais, seus conceitos são alvos de relevo e controvérsia na sociedade.

¹ CONDE, Francisco Muños. *Derecho Penal*. Tirant lo Blanch Libros, 2005, p. 12

Porém, para o surgimento de tais conceitos, como sugere todo estudo propedêutico, foi preciso existir um empirismo, ou seja, uma observação baseada na prática reiterada de experiências. Segundo o Professor Bertran Katzung:

Não há dúvida de que o homem pré-histórico já conhecia os efeitos benéficos ou tóxicos de muitos materiais de origem vegetal e animal. Os primeiros registros escritos da China e do Egito citam muitos tipos de remédios, incluindo alguns que ainda hoje são reconhecidos como drogas inúteis. Entretanto, a maioria era inútil ou até mesmo prejudicial.²

Ultrapassando o período pré-histórico, tem-se que a História relata que drogas como o ópio, por exemplo, já eram utilizadas no ano 3000 a.C., mas, somente com a evolução das sociedades, o uso de tais substâncias tornou-se criminalmente punível. Importante saber que a criminalização das mesmas cresceu envolta por aspectos médicos, culturais, políticos e econômicos.

O fenômeno da criminalização tem sua gênese em uma opção legislativa – todo crime é criação de uma lei penal que, por sua vez, nasce da necessidade social de se proteger certos bens jurídicos em detrimento do sacrifício de outros. Desta feita, observando a evolução histórica acerca do tema “drogas”, percebe-se que não há um conceito de crime que parta de um denominador comum e que esteja presente em todo tempo e lugar – cada sociedade criminalizou o uso, o tráfico e os crimes a eles relacionados de acordo com a política criminal que melhor lhes pareceu em um determinado momento histórico segundo padrões culturais, sociais, éticos e científicos.

Primeiramente, cabe analisar a evolução histórico-legislativa brasileira. Em nosso país, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no Livro V das Ordenações Filipinas, que foram promulgadas em 1603 e confirmadas em 1643. Havia nas Ordenações Filipinas a responsabilização para os possuidores e vendedores dos chamados materiais venenosos, pois quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o ópio, poderia perder a fazenda e ser expulso do país. Assim dispunha o Livro V, Título LXXXIX:

Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, sem escamonéa,

² KATZUNG, Bertran G. (org). Farmacologia Básica & Clínica. Tradução: Penildon Silva; 8ª edição; Rio de Janeiro, RJ; Editora Guanabara Koogan; 2003; p. 01

nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Ofício.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda a sua fazenda, a metade para nossa Câmara, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para a África até nossa Mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticários.

Ainda no Brasil, sabe-se que o Código Criminal do Império não tratou da matéria, mas o Regulamento de 29 de setembro de 1851 disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e medicamentos.

Já o Código de 1890, em seu artigo 59, considerou crime “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.” Entretanto, tal artigo, como alguns outros do mesmo código, foi revogado pelo Decreto Legislativo nº 4.294 de 6 de julho de 1921 que passou a tratar o tema com maior especificidade. Observa-se que, desde o Código de 1890, o bem jurídico tutelado passa a ser saúde pública e já é adotado um modelo sanitário genérico, que prevaleceria por meio século.

Perceba-se também que já no século XX, com o aumento do consumo de drogas, adota-se um modelo internacional de repressão à comercialização de tais substâncias entorpecentes. Nesta época foi promulgada pelo Brasil a Convenção de 1936 – Convenção de Genebra – através do Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938. A referida Convenção assim dispunha em seu artigo II:

Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

- a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções;
- b) participação intencional nos atos mencionados neste artigo;
- c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados;
- d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

Em 1938, o Brasil começa a adotar tal modelo anti-tráfico de drogas, positivando-o em 1940, com a entrada em vigor do atual Código Penal, além das diversas alterações legislativas ao longo da história, como:

- a) Decreto n° 2.861 de 8 de julho de 1914, que sancionou a Resolução do Congresso Nacional que aprovou a adesão à Conferência Internacional do Ópio;
- b) Decreto n° 11.481 de 10 de fevereiro de 1915 que citava o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína, estipulando a observância da Convenção Internacional do Ópio;
- c) Decreto Legislativo n° 4.294 de 6 de julho de 1921 que, conforme já dito, revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890, entre outros, trazendo consigo, pela primeira vez, o uso do termo “entorpecentes” para definir o ópio, a cocaína e seus derivados;
- d) Decreto n° 14.969 de 3 de setembro de 1921 que regulamentou o decreto legislativo acima citado e que previa o controle da entrada e venda das substâncias entorpecentes, a responsabilização como autores do droguista o agente que comercializasse, expusesse à venda ou ministrasse aquelas substâncias, e previa também, entre outros, a criação do “Sanatório para toxicômanos”;
- e) Decreto 20.930 de 11 de janeiro de 1932 que estabelecia, em meio a outras previsões, a revisão periódica da lista das “substâncias tóxicas entorpecentes em geral”;
- f) Decreto 24.505 de 29 de junho de 1934 que alterou algumas disposições do decreto anterior e reforçou o controle alfandegário das substâncias reguladas (ainda chamadas de tóxicas entorpecentes); e
- g) Decreto-lei n° 891 de 25 de novembro de 1938 que aprovou a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, selando o compromisso médico-legal do modelo adotado.

Todo este decurso legislativo eclodiu no artigo 281 do Código Penal de 1940 que assim preconizava em seu *caput*: “importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, 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 em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos multa de 50 (cinquenta) a

100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País” que, mais a frente, foi revogado pela Lei nº 6.368/76, estabelecida durante o período da ditadura militar, portanto, em uma época de típicas restrições e supressões a direitos fundamentais, e pelo Decreto nº 85.110, de 2 de setembro de 1980, período igualmente repressivo.

Vale destacar que, no cenário brasileiro, até os anos 50, adotava-se o modelo ético-jurídico no discurso acerca da questão das drogas, no qual prevalecia uma visão alarmista que não estabelecia quaisquer diferenças entre traficante, usuário e dependente – todos tratados como tóxico-delinqüentes eis que naquela época o problema das drogas concentrava-se quase restritivamente nos guetos. Já a partir dos anos 60, observa-se a delineação das diferenças entre os estereótipos com a adoção de um modelo chamado médico-sanitário, mais próximo do atual.

Hodiernamente, com a vigência da Lei nº 11.343/06, conforme será posteriormente detalhado ainda nesta obra, adota-se tal modelo médico-sanitário com um diferencial – trabalha-se com o modelo médico-jurídico que, além de se preocupar em diferenciar as figuras do traficante, do dependente e do usuário, também se propõe a estabelecer tratamentos jurídicos específicos para cada um desses sujeitos.

Contudo, depreende-se do contexto internacional, que a questão do combate ao consumo e, principalmente, do combate ao tráfico de drogas não é uma questão local, nem tampouco atual, pois atinge a maioria das nações e tem crescido continuamente desde o início do século XX. Internacionalmente, pode-se dizer que muitos foram os momentos em que a questão das drogas e suas mais diversas conseqüências foram discutidas. Conforme assevera o ilustre Professor Celso de Mello, referindo-se ao álcool – droga atualmente constante do rol das drogas lícitas no Brasil e no mundo:

O tráfico de bebidas alcoólicas para a África foi também condenado por diversas vezes: na Conferência de Berlim (1885), na de Bruxelas (1890), na de Saint-Germain (1919), sendo quês nesta última foi concluída uma convenção interditando certas zonas da África às bebidas alcoólicas.³

Já Rosa del Omo, destacada e saudosa criminóloga venezuelana, bem nos ensina que:

Todas as sociedades tentaram de alguma forma regulamentar, proibir ou colocar barreiras morais sobre o consumo, a distribuição e porte de

³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15ª edição, volume 02. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2004, p. 946

substâncias alteradoras da consciência, que sempre existiram e às quais os seres humanos historicamente recorreram por razões diversas.⁴

Percebe-se, assim, que as drogas sempre estiveram ligadas à existência dos povos. Acredita-se que, tal quais os alimentos,⁵ tais substâncias circundam a vida humana desde a pré-história – quando o homem, mesmo ainda sem possuir qualquer conhecimento com embasamento científico sobre as drogas – já podia perceber a modificação/alteração de percepção e consciência que as mesmas o causavam.

Atualmente, a situação ganha relevo de seriedade : mesmo diante da existência de um ente regulador – o Estado – que expressamente proíbe a utilização de certas drogas e informado acerca dos efeitos maléficos e devastadores das drogas sobre a saúde humana, estas continuam a ser consumidas e comercializadas em larga escala, transportando o tão instruído homem do século XXI a uma espécie de ignorância típica do primitivismo.

Percebe-se, assim, que a preocupação quanto ao assunto é constante. Neste diapasão, segue um breve apanhado das principais conferências e convenções realizadas ao longo do século XX em que as ações contra as drogas foram discutidas:

- a) Conferência de Shangai de 1909
- b) Primeira Convenção Internacional do Ópio
- c) Convenção de Genebra de 1931
- d) Protocolo para a Fiscalização das Drogas não compreendidas no Convênio de 1931 (Paris, 19.11.1948)
- e) Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes (30.03.1961) – mais importante documento internacional até então, revogou as convenções anteriores e foi revista através do Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes, firmado em 25.03.1972, em Genebra
- f) Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas (Viena, 21.02.1971)

⁴ OLMO, Rosa del. *¿Prohibir o Domesticar?* Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1992, p 72

⁵ BAPTISTA, M.; CRUZ, M.S.; e MATIAS, R. (orgs.). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Uerj, 2003, vol. 1, p. 25

g) Convenção de Viena de Conclusão da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (20.12.1988) – significa o coroamento de políticas de prevenção e combate ao tráfico e uso de drogas, influenciando definitivamente as legislações de diversos países, inclusive o Brasil, cuja Lei atual é tributária dos princípios nela traçados.

Todo o contexto histórico ora exposto permite uma análise crítica: percebe-se que a questão das drogas não é um problema apenas do presente, fora um problema do passado e tende a ser um problema do futuro.

Fundamental é compreender que, enquanto houver discussão acerca deste tema, incansáveis serão os estudos e as tentativas de exterminar ou, ao menos, mitigar as raízes e as conseqüências do problema. Tendo o escopo precípua de compor lides e elaborar leis, os Poderes Judiciário e Legislativo, respectivamente, devem interagir com influências oriundas de outros ramos científicos a fim de que se implemente uma política anti-drogas mais séria, eficaz e, principalmente, mais sensível à realidade social. André Jean Arnaud refere-se a essa busca por conceitos interdisciplinares como “polisistemia”, explicando que tais sistemas, que estão à margem do direito, têm vocação para se tornarem direito. Confira:

Se, por outro lado, se considera o direito por um prisma que não o dos juristas dogmáticos, isto é, como sistema jurídico, ele passa a ser objeto de uma dialética infinita com os outros sistemas que lhe fornecem alimento: a sociedade, a política, a moral, a psicologia, a religião, a economia e a ciência...

Ora, há um modo de descrição simples das relações entre sistemas: nós o designaremos polisistemia...

Assim, paralelamente ao direito, e, às vezes, contra ele, se organizam sistemas jurídicos concebidos e vivenciados como pré-formados e flexíveis...

Entre esse sistema comum e o direito há uma interação que aparece como um afrontamento entre dois sistemas jurídicos...

Da confrontação entre esses sistemas jurídicos, que se fundamentam em razões divergentes, poderá ocorrer uma mudança jurídica...

Do choque pode nascer uma inovação, uma adaptação, uma vacinação do velho sistema ou uma recuperação do novo pelo mais antigo.⁶

Justamente este anseio pela construção de um novo modelo foi o que impulsionou a feitura da novel legislação anti-drogas. Claramente influenciada por uma visão polisistêmica do problema, será vista a seguir qual a perspectiva que

⁶ ARNAUD, André Jean. Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos. Editora Renovar, 2000, p. 327/333

circundava a realidade social e quais os objetivos que preponderaram na mente do legislador quando da criação da Lei nº 11.343/06.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA – A ANTIGA LEI Nº 6.368/76 E SUAS POSTERIORES ALTERAÇÕES

Aos 23 (vinte e três) dias do mês de agosto de 2006 o Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva sancionou a nova e atual Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06 –, redisciplinando a matéria em sua quase totalidade e revogando a legislação anterior, quais sejam, as Leis nº 10.409/02 e 6.368/76. A referida Lei passou por um período de *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco dias), entrando em vigor, portanto, para efeitos normativos de aplicação, em 08 de outubro de 2006.

Verifica-se que o cenário nacional, bem como o internacional, há tempos vinha impondo a necessidade de revisitação à matéria sobre drogas visto que a Lei de 1976 fora criada em um momento de repressão política – a Ditadura Militar que perdurou de 1964 a 1985 – adotando, assim, um discurso moralista que não mais estava em sintonia com a realidade preventiva e repressiva dispensada ao tema na atualidade.

Como exemplo das previsões normativas presentes na Lei nº 6.368/76, pode-se citar a imposição de pena de prisão de até 2 (dois) anos para os usuários, independentemente das quantidades encontradas em sua posse, sujeitando-o às mesmas penas do traficante. Desta forma, vê-se que não era traçada qualquer distinção tratativa em relação ao usuário, ao dependente e ao traficante – o que, com a Lei nº 11.343/6, passou a se impor como exigência preeminente para uma eficaz política anti-drogas.

Diz-se que a Lei nº 6.368/76 ainda estava vigente porque a Lei 10.409 de 11 de janeiro de 2002, publicada para substituir a anterior, encerrou uma tentativa frustrada de solucionar os problemas já que as controvérsias inerentes principalmente ao tratamento que deveria ser dado às condutas relacionadas ao porte de substância entorpecente para consumo pessoal levaram a que o então Presidente da República vetasse todo o Capítulo III, que tratava dos crimes e das penas, ocasionando um período de confusões e incertezas acerca da aplicabilidade ou não do restante da norma e fazendo com que a tipificação das condutas envolvendo os chamados entorpecentes continuasse a cargo da Lei nº 6.368/76.

Segundo o Professor Renato Marcão, a Lei nº 10.409/02 representa, indubitavelmente, “o pior exemplo de produção desordenada e caótica do Poder

Legislativo brasileiro, bem como a desorientação do Poder Executivo, que não vetou completamente o projeto que a ela deu origem, quando deveria.”⁷

Desta forma, tem-se que, mesmo depois de onze anos de estudos e debates no Congresso Nacional, a Lei nº 10.409/02, quando entrou em vigor, apenas imprimiu um caráter de “colcha de retalhos” à legislação brasileira, tornando-se imperiosa, então, a criação de uma nova lei que tivesse a seu cargo a missão de reunificar em um mesmo corpo legal a parte que cuida da tipificação e das penas com aquela relativa aos procedimentos processuais aplicáveis na persecução penal extrajudicial e judicial. Neste sentido, muito bem-vinda é a Lei nº 11.343/06, que, em seu artigo 75, revogou expressamente aquelas duas leis.

A Nova Lei de Drogas cria o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda a política brasileira relacionada às drogas – verificando-se, assim, significativas mudanças no tratamento conferido ao usuário e ao dependente e, também, ao traficante, atentando para um discurso de prevenção do uso e de reinserção social para aqueles e para um modelo de maior repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas em relação a este.

Com a novel Lei, também houve mudança na semântica jurídico-penal: em vez do termo “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, passou-se a utilizar o vocábulo “drogas”, o qual é mais objetivo e menos suscetível de imperfeições no que concerne à interpretação de seu significado.

O uso do termo “drogas”, além de ser de uso corrente no discurso acadêmico-científico, também é o nome adotado pela OMS (Organização Mundial de Saúde), que há muito tempo abandonou o uso dos termos ou das expressões como “narcóticos”, substâncias entorpecentes” e “tóxicos”.⁸ Ademais, a adoção desta terminologia deu fim a uma pequena divergência eis que nem todas as substâncias causadoras de dependência podem ser classificadas como entorpecentes, como indicava a lei anterior. Assim, a nomenclatura ora escolhida ajustou-se à mundialmente utilizada, sendo certo que nossa legislação sobre uso e tráfico ilícito

⁷ MARCÃO, Renato. Apontamentos sobre influências deletérias dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3602>>. Acesso em: 24 de abril 2007.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – Prevenção – Repressão**. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, 2ª edição. p. 4.

de drogas, desde a década de 1960, tem sido baseada nas normas e recomendações oriundas basicamente de duas convenções internacionais: a Convenção única sobre Entorpecentes, da ONU, promulgada em 1961 e a Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, de 1988, as quais referem-se às aludidas substâncias utilizando apenas o termo *drugs*.

Desta feita, consideram-se como “drogas”, para fins da Lei nº 11.343/06, as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em Lei ou em listas autorizadas pelo Poder Executivo da União – leia-se ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) – autarquia de regime especial responsável, entre outras tarefas, pela elaboração das listas de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, como as listas que compõem o Anexo I da Portaria SVS/MS nº 344 de 1998, atualizada pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 12 de 30 de janeiro de 2006.⁹

Analisando a escolha de tal terminologia, vale conferir as lições de José Leal:

Pode-se dizer que, com a atual Lei de Drogas, nosso direito positivo está devidamente ajustado ao discurso internacional e em harmonia com a nomenclatura utilizada nos documentos da ONU e da OMS, ao menos em termos conceituais e de linguagem jurídico penal.

Quanto à eficácia de suas normas para atingir o fim a que se propõe – reinserção social dos usuários e dependentes e de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de drogas – é claro que tão relevante e altruístico propósito ético político e jurídico não dependerá apenas de seu correto conceito de drogas.¹⁰

Contudo, é certo que a Nova Lei de Drogas, apesar do tecnicismo demonstrado na escolha correta de seus termos, não se apresenta como uma solução milagrosa, isolada e definitiva para o problema, mas apenas como um dos meios sociais de repressão para a não concretização das condutas delituosas, não dispensando, inclusive, a colaboração dos três Poderes do Estado em suas áreas de atuação e, sobretudo, da sociedade para garantir a eficácia de suas normas quanto ao fim a que propõe.

⁹ Disponível no site: www.anvisa.gov.br/e-legis, acessado em 03.03.008.

¹⁰

LEAL, José João. Política criminal e a Lei Nº 11.343/2006: Nova Lei de Drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. *Análise da alteração trazida pela Lei de Drogas, que substituiu a expressão "substância entorpecente ou causadora de dependência física ou psíquica" pelo termo "drogas"*. **DireitoNet**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/15/2915>>, acessado em: 10 02. 2007.

**4- POLÍTICA CRIMINAL E A PERSPECTIVA DE CRIAÇÃO DA LEI N°
11.343/06**

Fundamental para melhor compreender a perspectiva social de criação da Lei nº 11.343/06 é, antes de tudo, traçar um breve panorama acerca dos discursos abordados quando colocados em pauta os crimes relacionados à questão das drogas.

Nas precisas lições do Prof. Luis Flávio Gomes¹¹, existem quatro modelos de política criminal de combate às drogas: o modelo norte-americano; o liberal-radical; o de redução de danos e, por fim, a justiça terapêutica.

O modelo norte-americano procura empregar a política de abstinência e tolerância zero, ou seja, prega-se que a redução da oferta e da demanda pode e deve ocorrer por meio da intervenção penal com o fito de retirar as drogas da sociedade através da atuação repressiva do Estado, sobretudo através das polícias, adotando como método de punição o encarceramento. É a visão preponderante do “*war on drugs*”, visando a um “mundo sem drogas”.

Entretanto o modelo proibicionista norte-americano que, não poupa esforços em destinar cifras astronômicas do orçamento aos gastos com vigilância, armas, veículos especialmente preparados, treinamento de pessoal, entre outros, é de extrema onerosidade para o Estado¹² e, muitas vezes, inútil para os fins a que se propõe. Sem dúvidas, o modelo adotado pelos Estados Unidos desde os anos 70 é marcado pela ineficácia e por indesejáveis conseqüências como o aumento da população carcerária e o incremento dos custos de manutenção dos presos.

Em uma breve acepção político-histórica, insta asseverar que o modelo norte-americano de combate às drogas também serviu como importante instrumento de dominação política sobre os países latino-americanos. Após o término da Guerra Fria, os Estados Unidos redirecionaram seu foco de combate – que antes era exercido em face do inimigo externo – ao inimigo interno, qual seja, o comércio de drogas. Desta forma, as nações da América do Sul foram praticamente forçadas a adotar a mesma linha repressiva, sob penas de sanções econômicas e comerciais e, também, através do treinamento de policiais locais por agentes do FBI e do envio de

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário. **Instituto de Ensino Professor Luiz Flávio Gomes**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060731190257489, acessado em 12.08.2006.

¹² Segundo a Revista Ciência Hoje nº 181, v. 1, Rio de Janeiro, Abril de 2002, p. 08, os EUA possuem um gasto de U\$ 25 a 40 bilhões anuais em combate às drogas.

comissões de estudiosos do assunto cujo objetivo declarado era alinhar as autoridades locais à política de combate estadunidense. No Brasil, prova inconteste de tal movimento é a elaboração da doutrina da segurança nacional, criação da Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 sob a inspiração do *National War College* e com a ajuda de uma missão militar norte-americana.

Vale conferir as palavras do Dr. André Filgueira do Nascimento sobre o assunto:

Os interesses que estão por trás da política criminal de drogas norte-americana consistem na interferência política, seja através do envio de soldados, seja através do fornecimento de recursos bélicos, seja simplesmente por intermédio de campanhas ideológicas, nos países latino-americanos. Neste diapasão, a associação de movimentos insurgentes contra o narcotráfico, propicia que um conflito essencialmente político, como o que está atualmente em curso na Colômbia, seja criminalizado, turvando-se, deste modo, a correta compreensão acerca dele. Deixa-se de lado o paradigma político de tratamento do assunto, para introduzir-se o paradigma criminal de repressão. Além da interferência política, o narcotráfico serve de pretexto para que os Estados Unidos da América mantenham permanentemente agentes infiltrados nos órgãos de inteligência nacionais, assim como embrenhados na Amazônia, cujas inigualáveis riquezas naturais sempre foram objeto de cobiça internacional.¹³

O modelo liberal radical, por sua vez, seguindo os pensamentos de Stuart Mill, contempla a ótica da liberalização das drogas, principalmente no que tange à figura do usuário. Esta posição coincide com algumas legislações estrangeiras que descriminalizaram o consumo de drogas leves, como, por exemplo, Portugal o fez através da Lei n° 30/2000.¹⁴ Em julho de 2001, foi publicado na Revista *“The Economist”* sobre a legalização das drogas: “(...) deve-se legalizar as drogas não apenas para a posse e uso, como também para o comércio – para reverter radicalmente o quadro de corrupção policial, danos à saúde, crimes e prejuízos sociais a ela associados.”¹⁵

¹³ NASCIMENTO, André Filgueira do. Análise de alguns aspectos processuais da Lei n° 10.409/02 à luz da Política Criminal de Drogas. 2005, 126 fls. Dissertação apresentada à Universidade Cândido Mendes como requisito à obtenção do grau de mestre em Ciências Penais, Rio de Janeiro, 2005

¹⁴ Ressalte-se que o Código Penal Português – artigos 86 (itens 1 e 2), 87 e 88 – pune com pena relativamente indeterminada “pessoa que consumiu álcool ou drogas e realizou crime punido com “prisão efetiva”. Em tais casos o agente é punido com a pena mínima equivalente a $\frac{2}{3}$ da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena acrescida de 2 anos, no caso da primeira condenação, ou de 4 anos, nas seqüentes, nunca se podendo ultrapassar a pena de 25 anos.

¹⁵ IVANISSEVICH, Alicia. Drogas: Indústria altamente rentável. Revista Ciência Hoje, Ibid, p. 10

Já o modelo de redução de danos empregado pelo sistema europeu procura minimizar os males causados pelas drogas, preocupando-se com a moderação e o controle do abuso. Diametralmente oposto ao modelo repressivo americano, a política de redução de danos busca atenuar os malefícios ocasionados pelo uso de drogas, incentivando um “uso consciente” em que se procura preservar a integridade física do agente (com o uso de seringas descartáveis, locais adequados ao consumo, assistência médica, informativos, entre outras providências). Ademais, é preocupação constante deste modelo impedir a estigmatização do usuário ou do dependente decorrente de sua passagem pelo sistema penal.

A idéia está bem expressa na afirmação de Buning&Brussel: “Se um consumidor de drogas (homem ou mulher) não consegue ou não quer renunciar ao consumo de drogas, deve-se ajudá-lo a reduzir os danos que causa a si e aos outros.”¹⁶

Paralelamente ao discurso do “*war on drugs*”, com o aumento do consumo por parte dos jovens americanos das classes mais abonadas, os Estados Unidos começam a importar o modelo médico-sanitário, tendo ao centro o estereótipo da dependência. Conforme bem acentua o Prof. Dr. Nilo Batista, ao escrever a apresentação do livro “A Face Oculta da Droga” de Rosa del Omo: “O modelo médico-sanitário estabelecerá uma distinção nítida entre o jovem negro e favelado que vende a droga (criminoso) e o jovem branco e bem situado que adquire (doente): para o primeiro, cadeia, para o segundo, tratamento.”¹⁷

Este modelo é o que se conhece por Justiça Terapêutica cuja definição pela Associação de Justiça Terapêutica é explicativa:

Pode ser compreendida como um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.

(...)

A Justiça Terapêutica é um novo paradigma para o enfoque e o enfrentamento da problemática das drogas em nosso país. Com uma denominação genuinamente brasileira e claramente definidora dos seus

¹⁶ INSTITUTO PORTUGUÊS DE DROGAS E TOXICODEPENDÊNCIA. Estratégia Nacional de Luta contra a Droga. Disponível em <http://www.ipdt.pt> – acesso em 09.03.2008.

¹⁷Idem. A Face Oculta da Droga. Editora Reva, Rio de Janeiro, 1990, p. 10

propósitos, tem recebido o integral apoio da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, instância maior responsável pela elaboração das políticas de prevenção e tratamento das questões relacionadas ao consumo de drogas no país e da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.¹⁸

Os países latino-americanos aprenderam a lição e, hoje, o que se vê é uma repetição mesclada de um pouco de cada modelo acima esposado. No Brasil, é clara a importação de estereótipos para o ordenamento jurídico interno, sendo a atual legislação uma resposta obediente à pauta criminológica imposta pelas entidades dos países desenvolvidos quanto às drogas ilícitas, especialmente pelos Estados Unidos da América.

Transcorrendo os 74 (setenta e quatro) artigos da Lei nº 11.343/06 percebe-se que tanto a tendência proibicionista como a prevencionista são abarcadas – aquela em relação à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, esta aplicada ao usuário e ao dependente.

Verifica-se, assim, que a política criminal escolhida pelo legislador brasileiro, revelando-se peculiar em relação a cada sujeito que pretende atingir, enseja importante mudança ideológica eis que determina: “a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social” (artigo 4º, inciso X, da Lei nº 11.343/6).

Em relação ao usuário e ao dependente, a inovação trazida pelo artigo 28, que não mais prevê pena de prisão a tais sujeitos, em que pese toda a discussão doutrinária e jurisprudencial, evidencia que o legislador relativizou a utilização das penas clássica de Direito Penal em prol do direito geral das liberdades, princípio reitor das constituições democráticas, inclusive a brasileira. Claramente influenciado pelo Direito Penal de viés libertário, a Nova Lei, para os usuários, embuída de certa leniência penal, priorizou mormente o princípio da ofensividade – podendo este ser entendido como o princípio que impede a tipificação de condutas que não ofendam seriamente algum bem jurídico, atentando-se para o fato de que, para o Direito Penal moderno, não se pode punir aquele que atenta contra a própria saúde ou vida, configurando punição desproporcional aquela dada a fatos sem lesividade a outrem.

¹⁸ ASSOCIAÇÃO DE JUSTIÇA TARAPÉUTICA. Jt: um instrumento para a justiça social. Disponível em: < <http://www.anjt.org.br/index.php?id=1> > Acesso em 09.03 2007.

Como solução mediadora, o legislador optou por manter o caráter criminoso de tais condutas, impossibilitando, porém, sua punição com pena de prisão. Certamente, o legislador pautou-se em uma forma de amenizar ou neutralizar os supostos efeitos perversos da criminalização, livrando o usuário e o dependente da possibilidade de serem mais uns dos tantos a abarrotar o falido sistema carcerário brasileiro, obstando a transformação do tóxico-dependente em tóxico-delinqüente.

Entretanto, ao mitigar o castigo direcionado ao usuário, encerrou contradição patente no próprio corpo legal. Isto porque, em sentido oposto, foi incrementada a política proibicionista em relação à produção e ao tráfico ilícito de drogas¹⁹ uma vez que a Nova Lei majorou a pena mínima do tráfico e figuras equiparadas de 3 (três) para 5 (cinco) anos de reclusão, adotando a privação de liberdade como única sanção possível, impedindo expressamente a substituição por pena restritivas de direitos (artigo 33, § 4º), bem como a concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia e o direito de apelar em liberdade.

Ora, se consumo e tráfico estão intimamente ligados – e quanto a isso parece não haver quaisquer dúvidas já que as leis de mercado também orientam a rentável “indústria” das drogas – tratamentos tão díspares para dois lados de uma mesma moeda soam por demais incoerentes dentro de um mesmo sistema penal. Em uma análise crítica, parece que o legislador apenas preocupou-se em adequar os modelos às tendências internacionais oriundas de diferentes sistemas, sem, contudo, implantar unidade ao sistema pátrio.

Assim, quanto ao tráfico, a opção político-criminal evidencia o triunfo do proibicionismo e sua política crimina bélica já que, nem mesmo o colapso do sistema prisional brasileiro, arrefeceu o ímpeto punitivo do legislador pátrio, para quem a sensação de insegurança causada pelo crime (mormente na atual conjuntura em que o “problema” das drogas é constantemente atrelado aos alarmantes aumentos dos índices de violência urbana) deve ser combatida com ordem, disciplina e punição. Encarceramento em massa. Prisão Processual obrigatória. Penas longas. Tolerância zero.

¹⁹ Excepcionando-se apenas quando há interesse medicinal ou científico – casos em que a extração ou produção de drogas depende de licença prévia da autoridade competente – artigo 31 da Lei nº 11.343/06.

Sobre o exposto é de extrema valia conferir a opinião da Prof^a. Luciana Boiteux em seu artigo “A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes”, para quem o destaque dado à despenalização (ou, segundo parcela da doutrina, descarcerização) da posse de entorpecentes atuou como “cortina de fumaça” para encobrir o endurecimento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal. Continua a crítica da ilustre professora:

Assim, a mera despenalização do uso de drogas, mesmo benéfica ao usuário, é ainda muito tímida, por insistir em manter o controle penal sobre o uso de todas as drogas, independente da quantidade, ainda que tal uso não cause qualquer risco concreto aos demais. Mas, muito pior, sem dúvida, será a condenação de pequenos traficantes a penas de, no mínimo, 5 anos, por retirar os pequenos traficantes do seu convívio familiar, integrando-os nas facções criminosas, além de submetê-los à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia.²⁰

De certa forma, vê-se que a brilhante professora, ao criticar o maior rigorismo das penas destinadas aos traficantes e elogiar a opção pela “despenalização” do uso de drogas, embora ressalte que, a seu ver, a Lei Antidrogas ainda foi tímida neste sentido, consignou a necessidade de coerência e unidade no sistema.

Embora concordemos com a conclusão, ousamos discordar dos argumentos. Parece-nos deveras leniente acreditar que o Estado – como guardião dos direitos fundamentais – pode deixar de incluir na sua lista dos bens jurídicos mais caros à sociedade – justamente aqueles que, em nome do Princípio da Fragmentariedade, devem ser tutelados pelo Direito Penal – a saúde pública, incontestavelmente afetada pelo uso de drogas.

Não se trata de defender uma justiça criminal exagerada e intolerante, mas sim congruente e séria. Se a opção legislativa foi coibir o mercado ilícito de drogas²¹ com mais afinco, deveria ter atentado para a mesma seriedade em relação àqueles que financiam o tráfico alimentando seus vícios. Se, ainda assim, reinasse a

²⁰ BOITEUX, Luciana. A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico. Disponível em <http://www.neip.info/downloads/luciana/artigos-drogas-Luciana-Boiteux.pdf>. Artigo originalmente publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim . Ano 14, n° 167, Outubro de 2006, p. 8/9.

²¹ Justificável pelas inúmeras conseqüências negativas ensejadas pelo tráfico, facilmente notáveis em áreas dominadas pelo comércio ilícito de drogas como o medo recorrente dos moradores, a segmentação interna que manipula as relações de sociabilidade local e um estigma da sociedade ampla para com os moradores da área.

preocupação de separar os estereótipos, ao menos, deveria ser garantida a eficácia do caráter preventivo e retributivo de penas como um mero “ai ai ai” dito pelo julgador.

5. O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA – UMA ACEPÇÃO SOBRE O FENÔMENO DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

Fundamental, assim, para este estudo, antes mesmo de analisar como o aludido princípio vem sendo encarado pela legislação penal vigente e, mais precisamente, como o mesmo vem influenciando o âmbito de validade temporal da

Nova Lei de Drogas, é entender que: “a fundamentação geral da proibição da retroatividade da lei penal deriva do princípio constitucional da Legalidade e, especificamente, é uma consequência lógica do princípio da Anterioridade.”²², como bem assevera o especialista em Direito Penal Leonardo Schmitt de Bem.

Sabe-se que tais princípios são pilares do Estado Democrático de Direito cujos valores precípuos giram em torno da justiça e da segurança jurídica. Aníbal Bruno ensina que “a irretroatividade das leis em geral é princípio de garantia e estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos dos indivíduos.”²³

Contudo, sabe-se que, em relação ao Direito Penal, no campo do direito punitivo, a regra da irretroatividade somente se aplica à lei que agrava a situação do réu, pois, para a *lex mitior*, vigora sempre a extra-atividade da lei, quer na vertente da retroatividade, quer na vertente da ultra-atividade.

Francisco de Assis Toledo assevera com clareza ímpar que:

a eficácia da lei penal no tempo subordina-se a uma regra geral e a várias exceções, como se infere dos preceitos contidos no art. 5º, XL, da Constituição, e nos arts. 2º e 3º do Código Penal. A regra geral é a da prevalência da lei do tempo do fato (*tempus regit actum*), isto é, aplica-se a lei vigente quando da realização do fato. Com isso preserva-se o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal. Havendo, porém, sucessão de leis penais que regulem, no todo ou em parte, as mesmas questões, e se o fato houver sido cometido no período de vigência da lei anterior, dá-se, infalivelmente, uma das seguintes hipóteses:

- a) a lei posterior apresenta-se mais severa em comparação com a lei anterior (*lex gravior*)
- b) a lei posterior aboliu o crime, tornando o fato impunível (*abolitio criminis*)
- c) a lei posterior é mais benigna no tocante à pena ou à medida de segurança (*lex mitior*)
- d) a lei posterior contém alguns preceitos mais severos e outros mais benignos, em determinados aspectos.²⁴

Na esteira do trecho supracolacionado, tem-se que a novel legislação sobre drogas – a Lei nº 11.343/06 – apresenta, conforme será visto no desenvolver deste

²² BEM, Leonardo Schmitt de. O âmbito de Validade Temporal da Nova Lei de Drogas. RDPP. Porto Alegre, nº 45, p. 92/106, Agosto-Setembro 2007.

²³ Bruno, Aníbal. Direito Penal. Volume I, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 255

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª edição, 1994, Editora Saraiva, p. 136/137.

estudo, as mais diversas situações travadas por sua entrada em vigor, com a conseqüente revogação das Leis nº 6.368/76 e 10.409/02, que a antecederam na disciplina do mesmo assunto.

Quanto ao atual alcance do princípio ora abordado, insta asseverar que o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal possui redação bastante elucidativa a explicitar que a lei posterior que, de qualquer modo favorecer o agente, a ele será aplicada sem limitações de ordem prática, quanto à fase processual ou de cumprimento da pena, inclusive, aos casos que já tenham sido decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Logicamente, inviável de se cogitar sua aplicação quando o caso apontar que a pena a ser objeto dessa incidência já tenha sido cumprida ou, por outro motivo, já tenha sido extinta a punibilidade do crime. Corroborando este entendimento, vale conferir as palavras de Celso Delmanto:

A redação do parágrafo único deixa incontestável que a retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação. Basta apenas que a lei posterior favoreça o agente de qualquer modo para retroagir em seu benefício.²⁵

Em suma, pode-se concluir que, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal e, acreditando que todo direito deve buscar sua fonte de construção e validade na Lei Maior, que a lei mais benigna deverá sempre prevalecer em favor do agente, quer seja a lei anterior ao cometimento do crime – quando se estará diante do fenômeno da ultratividade da lei penal – quer seja a lei posterior, configurando a retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente.

Somente para exaurir a questão em tela, vale lembrar que as leis processuais têm vigência imediata já que, quando são analisadas normas processuais, vigora a presunção de que a norma mais nova surge com o intuito de aperfeiçoar o sistema, o que justifica sua aplicação mesmo aos processos que já estejam em curso quando do surgimento da nova lei a fim de proporcionar a aplicação do melhor direito *in casu*. Entretanto, destaca-se que tal vigência imediata encontra algumas restrições, como em situações em que a nova lei processual acarreta sensível redução dos meios de defesa substancial e também em casos em que a nova lei tem natureza mista, isto é, é composta de normas de direito substantivo e direito adjetivo, sendo

²⁵ DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado, Editora Renovar, 3ª edição, p. 06.

certo que, para aquelas, deve sempre vigorar a premissa constitucional de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Todavia, no que tange à Nova Lei de Drogas – objeto pilar deste estudo – assim esclarece Sérgio Ricardo de Souza:

No que diz respeito a esta Lei n° 11.343/06, o seu confronto deve se dar, no aspecto penal, com os tipos inscritos na Lei n° 6.368/76, ao passo que em relação aos aspectos procedimentais, com a Lei n° 10.409/02, não havendo, no que diz respeito a esta, situações capazes de dar ensejo ao reconhecimento de prejuízo para ampla defesa do réu, situando-se, ao contrário, no âmbito do aperfeiçoamento da norma vigente, já que trata dos diversos aspectos vinculados ao procedimento, de forma mais minuciosa e clara.²⁶

Vale lembrar que a lei mais favorável deve ser aplicada ainda quando se encontre em período de *vacatio legis*, pois o princípio da retroatividade da lei mais benéfica não está condicionado à eficácia da lei. Assim leciona Bacigalupo, *verbis*: “Se o decisivo é a adequação das sentenças penais às novas valorações sociais expressadas pelo legislador, será suficiente a publicação da lei mais benéfica para que se dê a sua aplicação.”²⁷

Encerrando, mister ressaltar que a dimensão prática do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, seja no âmbito de discussão da nova legislação antidrogas, como em face de quaisquer outras leis penais, “somente pode ser obtida em concreto, ou seja, diante da avaliação, caso a caso, do resultado a ser obtido com a aplicação de uma ou de outra lei.”²⁸ Neste diapasão, seguindo a melhor hermenêutica jurídica, deve-se considerar que a lei cuja aplicação produzir resultado mais favorável ao agente, seja a lei outrora ou a lei ora em vigor, é a que deve ser aplicada de modo a maximizar o mandamento insculpido no artigo 5º, XL, da Carta Magna.

Desta feita, fazendo uso das palavras de José Eduardo Martins Cardozo, insta consignar que a Nova Lei de Drogas será retroativa toda vez que invadir valorativamente e alterar o período de tempo anterior ao início de sua própria

²⁶ SOUZA, Sérgio Ricardo de. A Nova Lei Antidrogas, Comentários e Jurisprudência, 2ª edição, Editora Impetus, 2007, Niterói, Rio de Janeiro, p. 204.

²⁷ BACIGALUPO. Enrique. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo, 2005, Editora Malheiros, p. 170.

²⁸ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, Parte Geral, Rio de Janeiro, 2003, Forense, 16ª edição, p. 108.

vigência, seja quando descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja quando definir preceito que implique em modificação jurídica benéfica da realidade pretérita.²⁹

6. OS NOVOS INSTITUTOS CONTEMPLADOS PELA LEI N° 11.343/06

A Nova Lei de Drogas pode ser apontada como mais uma das hipóteses existentes no ordenamento jurídico pátrio em que se verifica, com a entrada em vigor da nova lei, o fenômeno da sucessão de leis penais no tempo. Desta feita, são muitas as situações encetadas pela Lei n°11.343/06 que, quando comparadas com a

²⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da Retroatividade da Lei. Editora Revista dos Tribunais. v.2, 1995.

antiga Lei nº 6.368/76, merecem atenção eis que, ora a nova lei apresenta-se como a legislação mais favorável ao acusado, ora apresenta-se como a mais severa.

Neste ponto, merece ser traçada, *a priori*, apenas uma perspectiva resumida das principais mudanças estabelecidas pela Lei nº 11.343/06 quando em comparação com a Lei nº 6.368/76, especialmente no que concerne aos dois delitos de maior expressão em ambas as Leis – o uso de drogas para consumo pessoal e o tráfico de drogas e seus desdobramentos. Veja-se:

Uma das grandes inovações da Lei nº 11.343/06 foi a não-atribuição de pena privativa de liberdade como resposta ao portador de drogas para consumo pessoal. Com efeito, a antiga Lei nº 6.368/76 previa em seu artigo 16 para as condutas de “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. Já a atual Lei de Drogas, repetindo os mesmos núcleos do tipo, prevê a aplicação de penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo (artigo 28, incisos I a III), revelando-se evidentemente mais benéfica ao réu. Entende parcela da doutrina que “o intuito da lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, pois, a reclusão do usuário ou dependente não traria qualquer benefício seja à saúde individual, seja à saúde política.”³⁰

Trazendo inovação drástica em relação à legislação anterior, a doutrina dividiu-se acerca da natureza jurídica do fenômeno: alguns defenderam a ocorrência da descriminalização da conduta do uso de drogas para consumo pessoal, outros passaram a encarar o ilícito como infração meramente administrativa, enquanto, o Supremo Tribunal Federal convencionou a ocorrência de despenalização.

O jurista Luis Flávio Gomes foi quem primeiro escreveu sobre o assunto. Entendeu o professor que “o legislador aboliu o caráter criminoso da posse de

³⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARBALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas: Lei nº 11.343/06, de 23 de Agosto de 2006. São Paulo, Editora Método, 2007, página 43 *apud* BEM, Leonardo Schmitt de. O âmbito de Validade Temporal da Nova Lei de Drogas. RDPP nº 45 – Agosto-Setembro/2007.

drogas para consumo pessoal”³¹, lastreando seu convencimento no fato de que a lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, em seu artigo 1º dispõe que: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” Segue o jurista:

Ora, se legalmente (no Brasil) “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser “crime” porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimentos a programas educativos – artigo 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no nosso País.³²

E arremata: “Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração penal *sui generis*.”³³

Já a Professora Alice Bianchini preferiu, adotando uma tendência abolicionista, classificar o delito como mera infração administrativa, sem qualquer efeito no campo do Direito Penal e Processual Penal, devendo ser tratada na esfera administrativa-sancionadora por encerrar questão de saúde pública que não merece ficar afeta ao campo da criminalidade.³⁴

Entretanto, decisiva foi a visão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, quando a 1ª Turma do Pretório Excelso cuidou do assunto no dia 13 de fevereiro de 2007, ao apreciar o RE 430105/QO/RJ, com relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Confira o voto:

³¹ Gomes, Luis Flávio et al. Lei de Drogas Comentada. 2ª edição, São Paulo, 2006, Editora Revista dos Tribunais, p. 109

³² Ibid p. 110

³³ Loc cit

³⁴ Bianchini, Alice. Em discurso oral proferido no Seminário “Pontos Polêmicos da Nova Lei de Drogas – Os seis meses de vigência da Lei nº 11.343/06” em 12.04.2007 no Auditório da Procuradoria Regional da República na 2ª Região, com organização da Escola Superior do Ministério Público da União (informação verbal).

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.³⁵

Desta feita, na visão da mais alta Corte do país, teria ocorrido a despenalização do porte de drogas para consumo pessoal, entendendo que o artigo 28 não teria trazido em seu bojo descriminalização formal nem material, nem tampouco legalização do uso de drogas. Relevante informar que despenalização trata-se de uma modificação da natureza da sanção imposta, configurando, mais precisamente, outra situação em que a lei posterior favorece ao agente. Nas palavras de Luis Flávio Gomes, despenalizar é “suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza).”³⁶

No entanto, ousamos discordar de todos os posicionamentos supracitados, entendendo que o que ocorreu, de fato, foi a descarceirização da conduta em tela

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma) - Informativo nº 456 - Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização - RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007

³⁶ Gomes, Luis Flávio. Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, 23 set. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>, acessado em 11.10.2007.

posto que, mantido seu caráter criminoso, continuou lhe sendo imposta pena como sanção, só que não mais privativa de liberdade.

Merece crítica, entretanto, a opção legislativa no que tange às penas trazidas pelo artigo 28 da Novel Lei. Em que pese a opção pela política preventivo-tratativa parecer estar em sintonia com as tendências internacionais, parece-nos que as sanções políticas escolhidas, além de revelar certa contradição em relação ao aumento de pena direcionado ao tráfico, são desastrosas – não se prestam aos fins para os quais foram concebidas – apresentando-se como proposições mais simbólicas do que efetivas. Corroboram tal entendimento as palavras do Prof. Isaac Sabbá Guimarães, *verbis*:

Não houve, como se sabe, a descriminalização das condutas relacionadas com o uso. Mas, também, temos de frisar, nenhuma evolução significativa ocorreu no campo da prevenção penal, salvo a inclusão de um *tertium genus* de pena, de caráter duvidoso e de efeitos – já podemos prever – simbólicos. Se, por um lado, o legislador penal deixou de enfrentar a descriminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, por outro lado deixou de estabelecer uma política criminal séria no sentido de estabelecer a prevenção penal.³⁷

Já quanto ao delito de tráfico de drogas, tem-se que assim era preconizado pelo artigo da Lei nº 6368/76: “Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.” Trazia a seguinte cominação legal: “Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

Já o artigo 33 da Novel Lei de Drogas, que descreve a mesma conduta típica do tráfico de drogas, apresenta a seguinte prescrição do tipo legal e a cominação de sua pena: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

³⁷ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A nova orientação político-criminal para o crime de uso de droga.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, 23 set. 2006 n. 1216. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9104>, acessado em: 23.05.2007

regulamentar: Pena – Reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

Note-se, assim, que o artigo 33 da Nova Lei de Drogas encerra claramente maior rigorismo em relação ao artigo 12 da Lei anterior eis que, repetindo os mesmos núcleos do aludido artigo 12, prevê conseqüências penais mais gravosas, quais sejam, sanção corporal e sanção pecuniária.

O mesmo artigo 12 da Lei n° 6368/76 trazia no inciso I de seu parágrafo 1° a seguinte disposição: “Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

Já o inciso I do parágrafo 1° do artigo 33 da Novel Lei assim descreve: “Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.”

Percebe-se, assim, que o artigo 33 da Novel Lei apresenta-se como mais severo também neste ponto uma vez que, repetindo os mesmos núcleos descritos no inciso I do artigo 12 da Lei n° 6368/76, prevê novo objeto material, a saber, o insumo destinado à preparação de drogas, alargando, assim, o âmbito de abrangência da norma penal incriminadora e, ainda, prevê sanções corporais e pecuniárias mais rigorosas.

Vale comentar também o inciso II do mesmo parágrafo 1° do art. 12 da revogada Lei n° 6368/76 que assim dispunha: “Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: II – semeia, cultiva ou faz colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.” Repetição de tal dispositivo deu-se no inciso II do parágrafo 1° do art. 33 da Nova Lei de Drogas: “Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: II – semeia, cultiva ou faz colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação

legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.”

Conclui-se, portanto, que, também neste ponto, a Nova Lei impôs tratamento mais rigoroso ao mesmo assunto contemplado na Lei antiga haja vista que, repetindo os mesmos núcleos do artigo 12, §1º, inciso II da Lei nº 6368/76, prevê conseqüências penais mais graves, tanto no que concerne à pena corporal como à pena pecuniária. Deve ser lembrado, porém, que, conforme bem entende Luis Flávio Gomes, o plantio de pequena quantidade para uso agora está equiparado ao mero porte de drogas previsto no artigo 28 da Lei nº 11343/06 não sendo, portanto, mais subsumido ao tipo do tráfico³⁸, muito embora, há também quem defenda que, durante a vigência da Lei nº 6368/76, tal comportamento era atípico encerrando lacuna legal, o que por si só, autoriza a aplicação do mesmo artigo 28 somente aos fatos ocorridos após a entrada em vigor da Lei nº 11343/06.

Por sua vez o inciso II do § 2º do artigo 12 da antiga Lei de Drogas assim dispunha: “Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: II – utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.” A nova Lei de Drogas, entretanto, assim dispõe em seu artigo 33, § 1º, inciso III: “Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.”

Percebe-se que a nova legislação restringiu a punição somente para aqueles que agem visando à prática do tráfico, sendo, todavia, neste ponto, mais gravosa uma vez que preconiza sanções mais severas do que anteriormente prevista na Lei nº 6368/76 para o mesmo tipo. Neste sentido, se a cessão do local for para uso, tem-se que a Nova Lei trasladou tal conduta para o núcleo de outro dispositivo,

³⁸ Gomes, Luís Flávio. Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade? Jus Navigandi, Teresina, ano 10, 23 set. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>, acessado em 11.10.2007, p. 03.

qual seja, o § 2º de seu artigo 33, não mais aplicando a mesma pena do tráfico, mas sim tratando a hipótese como simples induzimento, como a seguir será visto.

O inciso I do § 2º do artigo 12 da Lei nº 6368/76 encerrava que nas mesmas penas previstas para o delito de tráfico de drogas incorria quem induzisse, instigasse ou auxiliasse alguém a usar substância entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica. Já a nova Lei de Drogas reproduz tal conduta no § 2º de seu artigo 33 com a seguinte redação: “Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.”, trazendo a seguinte pena: “detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.”

Desta forma, tem-se que a Lei nº 6368/76, ao tipificar tal conduta como tipo subsidiário ao delito do tráfico de drogas, previa sanções penais mais rigorosas do que as ora previstas pela Lei nº 11343/06, que regulou tal conduta como tipo autônomo.

O artigo 33, § 3º, da atual Lei de Drogas traz o seguinte tipo penal: “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem”, com a seguinte pena cominada: “Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.” Trata-se da figura que foi denominada pela doutrina de “traficante ocasional, eventual ou íntimo” cuja tipificação não encontra espelho na antiga Lei eis que tal comportamento era subsumido ao delito de tráfico, previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76 cuja pena máxima era de dois anos.

Tem-se assim que a Novel Lei, ao incluir tal conduta, inclusive, no rol das infrações de menor potencial ofensivo já que a pena máxima cominada é inferior a dois anos³⁹, trouxe hipótese mais benéfica ao réu. Conforme salienta Luis Flávio Gomes: “A retroatividade existe mesmo para aqueles que já subsumiam a hipótese ao porte para uso (art. 16, da antiga lei de drogas), vez que a pena máxima deixou de ser de dois passando para um ano.”⁴⁰

Todavia, percebe-se que a pena de multa imposta no tipo em comento apresenta-se como bem mais severa do que anteriormente imposta que trazia o

³⁹ Segundo redação dada ao artigo 61 da Lei nº 9099/95 pela Lei nº 11.313/06, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁴⁰ Ibid. p. 04.

valor de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, o que desperta discussão acerca da possibilidade de combinação de preceitos de parte da lei anterior com parte da lei posterior, naqueles pontos em que cada uma for mais benéfica ao réu. Conforme veremos a seguir, a doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto a este assunto, contudo, já podemos adiantar que nosso entendimento é que pode e deve o Juiz combinar leis para de, qualquer modo, favorecer ao agente, pois somente assim estará sendo dada a verdadeira efetividade ao mandamento constitucional previsto no artigo 5º, XL, da Lei Maior.

Por sua vez, o artigo 13 da Lei nº 6.368/76 trazia a seguinte descrição: “fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” E cominava a seguinte pena: “reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”. Já o artigo 34 da atual Lei praticamente repete os mesmos núcleos do artigo 13, apenas empregando o termo “drogas” onde antes era lido “substância entorpecente ou que determine dependência física e psíquica”. Entretanto, em que pese as conseqüências corporais serem as mesmas para ambas as leis, a sanção pecuniária prevista na Lei nº 11.343/06 é mais gravosa eis que impõe o pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa, fazendo com que o novel artigo 34 mostre-se como a *lex gravior in casu*.

O artigo 14 da Lei nº 6.368/76 trazia a figura da associação criminosa permanente ou estável, com a seguinte descrição penal: “associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas pra o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no art. 12 ou 13 desta Lei”, cominando a pena de “reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.⁴¹ Já o artigo 35 da Novel Lei traz a mesma tipificação, culminando, porém, tal como o artigo 34 supramencionado, sanção pecuniária mais gravosa, motivo pelo qual deve ser encarado em sua totalidade como a lei mais gravosa para o réu, toda vez que este cometer o delito de associação criminosa permanente para fins de

⁴¹ Ressalte-se que, com a redação dada pelo artigo 8º da Lei nº 8.072/90, as penas corporais para o delito previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76 variavam de 3 (três) a 6 (seis) anos.

cometimento dos crimes de tráfico ilícito de drogas e de custeio/financiamento de tal atividade.

Já o artigo 36 da Lei nº 11.343/06, que prevê o crime de financiamento e custeio de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e artigo 34 da mesma Lei, não encontra respaldo na antiga Lei visto que tais condutas eram subsumidas ao tipo do tráfico, com aplicação da agravante no caso de concurso de pessoas prevista no artigo 62, I, do Código Penal.⁴² Desta feita, ao dispor pena de reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos e pagamento de 1500 (mil e quinhentos) a 4000 (quatro mil) dias-multa, a novel Lei trouxe tratamento mais gravoso ao réu.

Seguindo para o artigo 37 da atual Lei de Drogas, tem-se tipificado o seguinte comportamento: “colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos. 33, *caput*, e § 1º, e 34 desta Lei. Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.” Na Lei anterior tal comportamento era encarado, sob a ótica da Teoria Monista, como concurso de pessoas na modalidade da participação no delito do tráfico, respondendo o autor pela mesma pena imposta ao traficante (três a quinze anos), na medida de sua culpabilidade, conforme assevera o artigo 29 do Código Penal.⁴³ Já na Lei vigente, prevendo-se uma exceção pluralista à Teoria Monista, o mero colaborador é punido por delito próprio, apenado, inclusive, com punição mais branda da que lhe era aplicada sob a égide da lei anterior.

Dispunha o artigo 15 da Lei nº 6368/76: “prescrever ou ministrar, culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.” A Lei nº 11.343/6, além de repetir os mesmos núcleos do aludido artigo 15, também prevê nova forma de negligência consubstanciada na expressão “sem que delas necessite o paciente”, prevista no

⁴² “Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

⁴³ “Art. 29. Quem de, qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

tipo penal. Assim, afigura-se como a lei maléfica *in casu* visto que também comina pena pecuniária mais gravosa, trazendo o pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Já o artigo 39 da Nova Lei de Drogas traz previsão não contemplada como crime na legislação anterior – o comportamento nele descrito, sob o amparo da antiga Lei, era considerado mera contravenção penal de direção perigosa, com previsão no artigo 34 do Decreto-Lei n° 3.688/1941.⁴⁴ Desta forma, ao etiquetar a conduta como crime, a Nova Lei trouxe penas mais gravosas, conforme se depreende da redação do artigo: “conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, da cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa. Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.”

O artigo 40 da atual Lei não teve disciplinada em nenhum dos seus incisos a causa de aumento de pena prevista na legislação anterior como a figura da associação eventual – artigo 18, inciso III, da Lei n° 6.368/76, cuja fração de aumento de pena variava de um a dois terços.

Insta destacar que, durante a vigência da lei revogada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico, com previsão no artigo 14 da mesma, exigia permanência e estabilidade do grupo criminoso para sua caracterização, embora o tipo do artigo 14 não contivesse tais elementares. Deste modo, a associação prevista como causa de aumento de pena no artigo 18, inciso III, de tal Lei, era encarada como associação de caráter eventual, isto é, mero concurso de agentes.

A Lei n° 11.343/06, por sua vez, não incluiu no rol em que lista as causas de aumento (artigo 40) a associação eventual, bem como também não previu em seu

⁴⁴ “Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas pondo em perigo a segurança pública. Pena – prisão simples de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.”

artigo 35 a necessidade de estabilidade e permanência como elementares do tipo – dando a impressão que o legislador pretendeu incluir no *caput* do artigo 35 tanto a associação permanente e estável como a mera associação eventual ou concurso de agentes. Todavia, a jurisprudência já consolidada na vigência da lei anterior quanto à impossibilidade de o mero concurso de agentes não configurar crime de associação para o tráfico, deve ser mantida eis que entendimento diverso daria margem a situações esdrúxulas como, por exemplo, um crime apenado com 1 (um) ano e 8 (oito) meses (na hipótese de tráfico privilegiado) implicar uma outra pena muito maior, de 3 (três) anos, por fato acessório, ou seja, a circunstância de ter sido cometido em concurso de agentes.

Assim, diante da ausência de previsão da causa de aumento da associação eventual na nova Lei, tem-se, inegavelmente, que esta se apresenta como a mais benéfica para aqueles condenados que tiveram sua pena agravada em razão de tal causa.

Quanto às causas de aumento de pena previstas no rol do artigo 40 da Lei n° 11.343/06, há uma divisão entre aquelas que eram previstas no artigo 18 da Lei n° 6368/76 e aquelas que não possuíam previsão em nenhum dos artigos da Lei anterior. Para estas últimas tem-se que, impondo situação mais gravosa ao réu, somente devem ser aplicadas a partir do dia 8 de outubro de 2006. Já para aquelas primeiras, percebe-se que há discussão doutrinária quanto à possibilidade de retroação do aumento mínimo de 1/6 (um sexto) combinado com as penalidades mais brandas previstas na lei anterior.

Por fim, destaca-se que a nova causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4°, da nova Lei Antidrogas, por ser ponto assaz polêmico, será esmiuçada em capítulo posterior.

7. A APLICAÇÃO DA NOVEL LEI DE DROGAS E A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

7.1 A técnica de combinação de leis como necessária à efetivação do corolário da retroatividade da lei penal mais benigna

Primordial, diante da discussão acerca do âmbito de incidência temporal da Nova Lei de Drogas, é esmiuçar a badalada técnica de combinação de leis como necessária à implantação plena do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Trata-se de verdadeiro desdobramento do mandamento constitucional expresso no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, externando-se que, diante de

duas leis – cada uma contendo algum dispositivo que, de qualquer modo, favoreça ao agente – deve-se proceder à combinação das mesmas, para extrair o que de mais favorável ao acusado exista em cada uma.

A doutrina divide-se quanto ao tema, havendo posições de notáveis doutrinadores sustentando tanto a legitimidade da combinação de leis como opinando pela absoluta impossibilidade do mesmo, sob pena de o juiz, bem como os aplicadores do Direito em geral, estar criando um terceiro gênero de lei, funcionando, assim, como legislador, o que, em prol do princípio da separação de Poderes, lhe é vedado constitucionalmente.

Nelson Hungria opina contrariamente à possibilidade de o juiz, arvorando-se em legislador, criar uma “terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das duas leis em jogo.”⁴⁵ No mesmo sentido, Heleno Fragoso e Anibal Bruno. Já Basileu Garcia e Celso Delmanto opinam favoravelmente à técnica de combinação de leis. Damásio E. de Jesus, partidário desta última corrente, entende que “não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade de combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais.”⁴⁶

Acreditamos, contudo, que o juiz, em obediência aos princípios de equidade consagrados pela própria Constituição Federal, não só pode como deve, no caso concreto, operar com o material legislativo fornecido pelo legislador, procedendo à combinação de leis, com o escopo último de dar máxima efetividade ao mandamento constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Neste caso, a formalidade engessada deve ceder lugar à absoluta supremacia do texto da Carta Magna, de modo que soa, ao menos irrazoável, poder o juiz escolher um todo para beneficiar ao réu, mas não poder escolher partes de todos diferentes para alcançar o mesmo fim. Antes de tudo, deve o Poder Judiciário zelar pela efetividade dos postulados fundamentais garantidos pelo Texto de 1988, livrando-se das amarras dogmáticas que impedem a consolidação ampla e irrestrita dos direitos do homem.

⁴⁵ HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1955, v.1, t. 1, páginas 109-110 *apud* Capez, Fernando. Curso de Direito Penal e Legislação Penal Especial. Volume 4, 2ª edição, 2007, Editora Saraiva.

⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Volume 1, 19ª edição, Editora Saraiva, p. 82.

Quanto ao argumento de que a técnica de combinação de leis levaria à formação de uma terceira lei, diferente das duas anteriores, funcionando o juiz como verdadeiro legislador positivo, ensejando grave violação à independência e harmonia que deve existir entre os Poderes, parece-nos não ser este o foco da questão. Na verdade, não se trata de ofensa aos princípios da Legalidade e da Tripartição de Poderes – apenas estará o juiz cumprindo de maneira irretocável sua função precípua – entregar o direito da maneira mais justa e em consonância com os preceitos constitucionais, atendendo efetivamente aos princípios da retroatividade e da ultratividade da lei penal mais benéfica.

Ademais, deve-se ter em mente que, ainda que se pudesse cogitar de o Poder Judiciário estar invadindo esfera de competência do Poder Legislativo, a mera sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale em “ruptura da divisão de poderes” – estes “desvios” de poder sempre serão legítimos se e na medida em que não interfiram no núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes.

Arrematando, o pensamento de Francisco de Assis Toledo:

Nossa opinião é de que, em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis. Nessa área, a realidade é muito mais rica do que pode imaginar nossa vã filosofia.⁴⁷

E, continua o referido autor:

E se, no caso concreto, a necessidade de prevalência de certos princípios superiores (como, no exemplo do acórdão citado, a proibição da *reformatio in peius*) conduzir à combinação de leis, não se deve temer este resultado desde que juridicamente valioso. Estamos, pois, de acordo com os que profligam, como regra geral, a alquimia de preceitos de leis sucessivas, quando umas se destinam a substituir as outras.⁴⁸

7.2 A causa de diminuição de pena especial do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e a combinação de leis

A questão ganha espaço incontestemente quanto aos delitos tipificados na Lei nº 11.343/06 visto que, ora alguns de seus dispositivos ensejam situações mais

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit. p. 36

⁴⁸ Loc cit.

benéficas ao agente quando comparadas com as criadas sob a égide da Lei n° 6.368/76, ora ocorre justamente o inverso, apresenta-se a lei revogada como a mais branda *in casu*.

Debruçar-nos-emos, neste estudo, a tecer uma análise detalhada do artigo 33 da Nova Lei de Drogas.

O parágrafo 4° do artigo 33 da Nova Lei, ao trazer uma nova causa de diminuição de pena, tornou-se um dos mais polêmicos da atual legislação. Diz o diploma legal: “Nos delitos definidos no *caput* e no § 1° deste artigo, as penas podem ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” Trata-se da figura do “traficante ocasional ou de primeira viagem” ou “tráfico privilegiado”, conforme convencionou a doutrina chamar.

Comparando o atual artigo que define o tráfico de entorpecentes – artigo 33 da Lei n° 11.343/06 – com o anterior artigo 12 da Lei n° 6.368/76 verifica-se que, mantida a descrição típica no *caput*, duas mudanças fundamentais foram implementadas: o aumento da pena de reclusão mínima de 3 (três) para 5 (cinco) anos – mantida a pena máxima de 15 (quinze) anos – e, ainda, a inclusão da causa de diminuição de pena ora analisada.

Na prática, portanto, a nova Lei que, à primeira vista, é mais rigorosa com o traficante, acaba tendo seu rigorismo amainado pela hipótese do parágrafo 4° do artigo 33, fazendo com que, muitas vezes, no caso concreto,⁴⁹ seja vista como a norma mais benéfica para o réu. Exemplificando: um pequeno traficante, dado como incurso nas penas do artigo 12 da Lei n° 6368/76, que tenha recebido a pena mínima (três anos), pode, uma vez efetuada a diminuição máxima prevista na Nova Lei (dois terços), ser beneficiado de tal modo que a sua pena diminua para 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

Creemos que o posicionamento mais correto é aplicar a lei antiga juntamente com a causa de diminuição de pena da nova lei, de modo a dar espaço à parte mais

⁴⁹ Segundo ensina Damásio E. de Jesus, é somente aplicando as normas no caso concreto, e não em tese, que se pode aferir qual é a lei mais benéfica. *Ibid*, p 80.

benéfica de cada uma delas. Vale, contudo, trazer opinião divergente, como a do Procurador da República Valtan Furtado:

O "tráfico privilegiado" somente tem sentido dentro da Lei 11.343/06. Esta lei, ao elevar a pena mínima do tráfico para 5 anos, criou a necessidade de melhor gradação da pena do traficante eventual, que nunca se envolveu com o crime e não integra organização criminosa. A pena mínima de 5 anos tornou-se desproporcional, não permitindo a justa repreensão em casos de traficantes menores, os chamados "aviões" ou "mulas", surgindo daí a necessidade do § 4º do art. 33.⁵⁰

E, prossegue o mesmo autor:

Aplicar somente a "parte boa" das duas leis (a pena do art. 12 e a causa de diminuição do art. 33, § 4º), de maneira indiscriminada e sem observar a razão de ser do dispositivo que se pretende fazer incidir retroativamente, na se coaduna com a melhor hermenêutica, configurando uma deturpação do conceito de *novatio legis in melius*.⁵¹

Ousamos, porém, com a devida vênia, discordar. *A priori*, deve-se buscar uma análise teleológica dos fins de criação da Lei Antidrogas de 2006 – o legislador pautou-se fundamentalmente na diferenciação de tratamentos, o que se evidencia às claras pela descarceirização da conduta de posse de drogas para uso pessoal, separando verdadeiramente o joio do trigo. O mesmo raciocínio embasou a previsão da causa de diminuição do § 4º do artigo 33: diferenciar com um tratamento mais benéfico aqueles considerados "traficantes de primeira viagem", com o escopo de afastá-los o quanto possível das mazelas do sistema carcerário brasileiro. Desta feita, sendo certo que a figura do pequeno traficante sempre foi usual desde a Lei 6.368/7676, não há porque negar aplicação à nova visão do legislador – muito mais esclarecida e afeta aos princípios que regem a atual política anti-drogas no país e no mundo.

Noutro giro, a maleabilidade de fixação da pena base não se trata de recurso disponível apenas na lei antiga, sendo possível também na lei nova e, mais ainda, com a aplicação da causa de diminuição de pena. Assim, somente estar-se-á procedendo à verdadeira retroação benéfica em favor do réu se for aplicada a novidade que, de fato vem a ser melhor para o agente – qual seja, a diminuição de pena em comento – sendo, logicamente respeitada a fixação da pena dentro dos parâmetros daquela lei que também se afigura como a mais benéfica só que sob

⁵⁰ FURTADO, Valtan. Nova Lei de Drogas – Hipóteses de Retroatividade. Texto extraído do Boletim dos Procuradores da República nº 73, Março/2007, p. 16/19.

⁵¹ Loc cit.

outra vertente – a Lei n° 6.368/76. Somente assim assegurar-se-á a plenitude da retroatividade legislativa sempre em benefício do réu.

Assim, deve o intérprete, ao se deparar com a dúvida acerca da possibilidade de combinação da pena prevista na lei antiga com a redutora prevista na lei atual, atentar para a segurança da “saúde pública”, mas não de uma maneira confortável, isto é, simplesmente deixando de proceder à combinação sob pena de ferir o rigorismo formal, mas, sim, satisfazendo o princípio da retroatividade da lei penal benigna em concomitância à hodierna conjuntura punitiva do tráfico. Somente assim não causará espanto a possibilidade de o réu condenado sujeitar-se a uma pena privativa de liberdade cujo mínimo é de três anos e, ainda, poder ter este castigo reduzido em até dois terços.

7.3 A atual posição dos Tribunais

A discussão tampouco é uniforme no campo jurisprudencial.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é uníssono quanto à necessidade de retroatividade da lei penal mais benéfica, inclusive no âmbito das questões de Direito Transitório travadas com o advento da Lei n° 11.343/06, destacando ser esta um imperativo do mandamento constitucional consubstanciado no artigo 5°, XL, da Constituição Federal – posição esta, já reiterada por nós diversas vezes no presente trabalho.

Todavia, acerca da possibilidade de combinação de leis, ensejando a *lex tertia*, a mesma Corte Suprema sempre entendeu que “os princípios da ultra e da retroatividade da *‘lex mitior’* não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu.”⁵² Atualmente, vem a mais alta Corte do país optando por aplicar em sua inteireza o artigo 33 da Lei n° 11.343/06, vislumbrando ser esta norma, como um todo, neste ponto, mais benéfica ao agente.

⁵² Brasil, STF, HC 68416 / DF - DISTRITO FEDERAL, HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Julgamento: 08/09/1992, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Do mesmo entendimento comunga a maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça que, em diversas ocasiões, pronunciando-se especificamente acerca da combinação de leis no âmbito da Lei de Drogas, oportunizaram esclarecer que:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.⁵³

Entretanto, a posição não é uníssonas sequer dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça visto que, em diferente ocasião, o mesmo órgão proferiu julgamento no sentido de que a combinação da pena prevista na Lei nº 6.368/76 com a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 é possível desde que se obedeça ao limite de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.⁵⁴ Noutro giro, em julgamento diverso, pode-se verificar opinião igualmente divergente do mesmo Tribunal – opinião esta, ressalte-se, com a qual estamos inteiramente de acordo. Veja-se:

Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.⁵⁵

Noutro compasso, o ilustre Prof. Dr. Nilo Batista⁵⁶ retrata que no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por exemplo, generalizou-se o entendimento de ser perfeitamente possível a combinação de regras mais benignas da lei nova e da lei velha, desde que, de qualquer modo, favoreça ao agente.

⁵³ Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ), HC 86797 / SP HABEAS CORPUS 2007/0161467-0, Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 11/03/2008, Data da Publicação/Fonte DJ 07.04.2008, p. 1.

⁵⁴ Brasil, STJ, HC 87464 / RS HABEAS CORPUS 2007/0171725-3, Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 13/12/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 07.02.2008, p. 1.

⁵⁵ Brasil, STJ, HC 100910 / DF HABEAS CORPUS 2008/0043079-1, Relator(a) Ministra JANE SILVA(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145), Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 03/04/2008, Data da Publicação/Fonte DJ 22.04.2008, p. 1

⁵⁶

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, Editora Renavan, 2ª edição, 2003, p. 214.

Diante de perplexa multiplicidade de entendimentos, mantemos o nosso no sentido de que a retroatividade da lei penal mais benéfica, enquanto princípio constitucional, não pode sofrer qualquer tipo de limitação. É exigência inconteste dos princípios da Isonomia e da Legalidade – dos quais decorrem a irretroatividade da lei penal e suas exceções. Impedir a combinação de leis tanto na hipótese do artigo 33, § 4º da Nova Lei Antidrogas, como em qualquer outra, é negar o princípio da Isonomia, barreira que não pode ser ultrapassada, pois, do contrário, o que se terá é um tratamento desigual entre iguais.

Lembrando a causa existencial da regra da retroatividade da *lex mitior*, convém colacionar as palavras de Luis Regis Prado:

(...) com base não só em razões humanitárias (*humanitatis causa*), de liberdade (*favor libertatis*), de justiça, de equidade ou de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada desnecessária. Sua retroatividade se funda numa atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*.⁵⁷

Conclui-se, portanto, pela plena possibilidade de combinação da pena prevista para o crime de tráfico na lei revogada com a diminuição de pena em relação ao “traficante de primeira viagem”, prevista na atual legislação. Assim, sintéticas as palavras de Luis Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches: “Não pode o juiz, em relação aos fatos antigos, levar em conta a pena nova (de cinco a 15 anos) Nesse ponto a lei nova é mais severa (não retroage). Sintetizando: aplica-se a pena antiga com a diminuição nova.”⁵⁸

⁵⁷ PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Editora RT, 4ª edição, p. 102.

⁵⁸ GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Op cit p. 09.

8. CONCLUSÃO

Parece estranha a idéia de, ano de 2008, ainda vigorar uma misteriosa contradição social no que tange ao tratamento dispensado às drogas. Por um lado a indústria cinematográfica e televisiva mais parece ter adotado o universo das drogas como sua temática predileta, construindo personagens glamurizados em meio a uma espécie de submundo onde os “caretas” não têm vez, um melhor, não dão ibope. Esquisito compreender como nas manchetes dos jornais convivem pacificamente notícias sobre o endurecimento da repreensão policial ao tráfico das favelas cariocas (o que, não raro resulta em verdadeiras chacinas e violação dos direitos e garantias fundamentais mais caros à sociedade) com orgulhosas reportagens sobre a

conquista do prêmio “Urso de Ouro” a um filme cujo enredo é dedicado à vida de um jovem traficante de classe média alta.

A Nova Lei de Drogas, ao apostar na dicotomia de discursos, – o endurecimento para o traficante e a descarcerização para o usuário – separou o joio do trigo da forma mais conveniente para a sociedade. Mais uma vez o abismo entre as classes marginalizadas e as classes mais favorecidas, com verdadeira influência político-econômica nos rumos do país, foi aprofundado. Colocar atrás das grades os traficantes capturados pelas crescentes incursões policiais às favelas, nas quais moradores têm violado o seu direito de ir e vir e vivem verdadeiros dias de caos em meio a uma guerra urbana que parece não ter fim, é o principal discurso de um governo imediatista que joga com a falta de esclarecimento da população amargada pelos bolsões da miséria e da ignorância. Ou será que estes governantes realmente acreditam que o rentabilíssimo comércio de drogas, capaz de movimentar milhões de dólares por ano, está nas mãos de pequenos e, muitas vezes, não-escolarizados traficantes apreendidos em becos sujos de favelas?

De outra face, parece que o legislador esqueceu-se que consumo e tráfico são dois lados de uma mesma moeda. Com a certeza matemática das leis do mercado, só há consumo porque há oferta e, logicamente, só há oferta porque há demanda. O tráfico segue linearmente as leis da oferta e da procura: quando há mais pontos de venda de drogas, o preço das mesmas diminui e, aí, advêm os conflitos entre as facções criminosas, popularmente chamadas de gangues; quando há mais compradores, a droga provavelmente aumenta de preço e assim por diante.

Neste compasso, impor uma mera advertência ou uma simples prestação de serviços à comunidade parece ser uma punição bastante pueril àquele que, sabendo exatamente dos males que estaria causando a si mesmo, bem como à toda sociedade que, ao menos aparentemente, tenta livrar-se do binômio drogas-violência, ainda assim, prefere continuar fumando seu cigarro de maconha na praia ou fazendo uso de suas drogas sintéticas em festas de música eletrônica. De certo quem financia o tráfico são os usuários e estes podem ser de todos os tipos: negros, brancos, homens, mulheres, pobres, ricos, classe média, socialmente conformados ou politicamente orientados. Todavia, mais uma vez, reflete-se nossa sociedade dividida em castas: as classes mais favorecidas que, inegavelmente, formam a massa consumidora de drogas, não merecem ter sua reputação manchada pelas

impregnantes marcas do sistema carcerário brasileiro. Talvez neste ponto, esteja a razão com aqueles que defendem que a Lei nº 11.343/06 não passa de um produto de projeto-de-lei encomendado por traficantes. Mas que ninguém seja hipócrita em crer que a encomenda foi feita por aqueles traficantes fisgados por operações policiais sensacionalistas que vendem muito bem nas primeiras páginas de jornais ainda mais sensacionalistas.

Exatamente neste ponto reside a crítica deste trabalho quanto à opção legislativa adotada pela Lei ora em estudo. A contradição oriunda da disparidade de tratamentos conferidos ao traficante e ao usuário revela absurda falta de coesão entre duas facetas de um mesmo fenômeno. A guisa de exemplo seria igualmente incoerente o legislador endurecer a punição para o delito de receptação e arrefecer as sanções para os crimes de roubo ou furto.

Em que pese a flagrante incongruência, parece-nos que a opção tratativa destinada ao usuário seria realmente ideal se fosse enquadrada dentro de um sistema no qual fossem desenvolvidos trabalhos sérios e eficazes com o escopo de prevenir o consumo de drogas, alertando a população quanto aos seus infundáveis males, o que, na prática, parece-nos não ser a realidade. Se, de fato, o papel do Estado-preventivo não é cumprido como deveria ser, cada vez mais a aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* torna-se mera utopia. Daí a crítica de alguns juristas, como o Juiz de Direito Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, entre outros:

A hipocrisia da lei fica patente quando se observa que todos os artigos que impunham prestações positivas do Estado em prol do tratamento efetivo do uso de drogas foram vetados, livrando-se, o Executivo, de qualquer responsabilidade. Mas ao Judiciário não se poupou a responsabilização, impondo-se não só a implementação de curso educativo – que não existe na rede pública – , até a incômoda tarefa de advertir sobre os efeitos das drogas, para a qual não tem preparo técnico e científico.⁵⁹

No que tange ao aspecto processual deste estudo – quanto ao âmbito de incidência temporal da Lei nº 11.343/06, mormente no que diz respeito à técnica de combinação de leis como necessária à efetivação do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna – em uma análise superficial, tem-se que não há qualquer negação à racionalidade da lei, tão vislumbrada por São Tomás como sua primeira característica. Pelo contrário. Permitir que o intérprete mescle comandos mais

⁵⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CARVALHO, Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de; CAMARGO, Paula Castello Branco. Controle Jurisdicional da Instituição de Tipos Penais – Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Revista da EMERJ, v. 10, nº 38, 2007.

benéficos de uma lei vigente com outros mais benéficos de uma lei revogada, como no caso da aplicação da causa da diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 combinada com a pena-base prevista na legislação anterior para o crime de tráfico (três anos), é dar voz ao verdadeiro sentimento do legislador, qual seja, o de possível excesso na Lei nº 6.368/76. A nova visão do legislador deve ser aplicada sem que isso represente qualquer ofensa à ordenação racional da norma, pois não se pode olvidar que a norma é mera parte integrante de todo um ordenamento jurídico-constitucional, que deve sempre guiar o intérprete do Direito na incansável luta pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Por fim, encerramos acreditando que o escopo precípuo deste trabalho, qual seja, elucidar a possibilidade de retroação dos dispositivos da Lei Antidrogas em relação a fatos ocorridos anteriormente a sua entrada em vigor, foi cumprido. Isto porque se verificou incontestemente a necessidade de que os institutos trazidos pela nova Lei sejam aplicados sempre que favorecerem, de qualquer modo, ao réu, quando comparados com aqueles existentes sob a égide da Lei nº 6.368/76. Neste sentido, as palavras do Ilustre Ministro Celso de Mello:

O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (...), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da 'lex gravior'. A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente.⁶⁰

⁶⁰ Brasil, STF, Informativo nº 499 - Substância Entorpecente - Porte - Crime Militar - Aplicabilidade da Norma Penal mais Benéfica (Transcrições) - HC 94085 MC/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Data do julgamento 28/03/2008. Decisão ainda pendente de Publicação.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André Jean. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Editora Renovar, 2000.

ASSOCIAÇÃO DE JUSTIÇA TARAPÊUTICA. **Jt: um instrumento para a justiça social**. Disponível em: <http://www.anjt.org.br/index.php?id=1>, acessado em 09.03 2007.

BAPTISTA, M.; CRUZ, M.S.; e MATIAS, R. (orgs.). **Drogas e Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Uerj, vol. 1, 2003.

BATISTA, Nilo. Política Criminal com Derramamento de Sangue. In: INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. **Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1998, páginas 77/94.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora Renavan, 2ª edição, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Dífceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2ª edição, 2003.

BEM, Leonardo Schmitt de. **O Âmbito de Validade Temporal da Nova Lei de Drogas**. *Revista de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, n° 45, páginas 92 a 106, Ago/Set/2007.

BOITEUX, Luciana. **A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico**. Disponível em <http://www.neip.info/downloads/luciana/artigos-drogas-Luciana-Boiteux.pdf>. Artigo originalmente publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim . Ano 14, n° 167, Outubro de 2006, páginas 8/9.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal e Legislação Penal Especial**. São Paulo, Editora Saraiva, v. 4, 2ª edição, 2007.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da Retroatividade da Lei**. Editora revista dos Tribunais. V.2, 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CARVALHO, Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de; CAMARGO, Paula Castello Branco. **Controle Jurisdicional da Insituição de Tipos Penais – Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/06**. *Revista da EMERJ*, v. 10, n° 38, 2007, páginas 115/128.

CONDE, Francisco Muños. **Derecho Penal**. Tirant lo Blanch Libros, 2005,

FURTADO, Valtan. **Nova Lei de Drogas – Hipóteses de Retroatividade**. *Boletim dos Procuradores da República* n° 73, páginas 16 a 19, Março/2007.

GOMES, Abel Fernandes et al. **Nova Lei Antidrogas**. Niterói, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 1ª edição, 2006

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Nova Lei de Drogas: Retroatividade ou Irretroatividade?** Jusnavegandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>., acessado em 11.10.2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos – Tóxicos, Terrorismo, Tortura**. São Paulo, Editora Saraiva, 2ª edição, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – Prevenção – Repressão**. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, 2ª edição.

INSTITUTO PORTUGUÊS DE DROGAS E TOXICODEPENDÊNCIA. **Estratégia Nacional de Luta contra a Droga**. Disponível em <http://www.ipdt.pt>, acessado em 09.03.2008.

IVANISSEVICH, Alicia. **Drogas: Indústria altamente rentável**. Revista Ciência Hoje nº 181, v. 1, Rio de Janeiro, Abril de 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo, Editora Saraiva, v. 1, 19ª edição, 1994.

KATZUNG, Bertran G. (org). **Farmacologia Básica & Clínica**. Tradução: Penildon Silva; 8ª edição; Rio de Janeiro, RJ; Editora Guanabara Koogan; 2003.

LEAL, José João. **Política criminal e a Lei Nº 11.343/2006: Nova Lei de Drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. Análise da alteração trazida pela Lei de Drogas, que substituiu a expressão "substância entorpecente ou causadora de dependência física ou psíquica" pelo termo "drogas"**. DireitoNet. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/15/2915>, acessado em: 10 02. 2007.

MARCÃO, Renato. **Apontamentos sobre influências deletérias dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3602>, acessado em 24.04.2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**.. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 15ª edição, v. 2, 2004.

NASCIMENTO, André Filgueira do. **Análise de alguns aspectos processuais da Lei nº 10.409/02 à luz da Política Criminal de Drogas**. 2005, 126 fls. Dissertação apresentada à Universidade Cândido Mendes como requisito à obtenção do grau de mestre em Ciências Penais, Rio de Janeiro, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª edição, 2007, Editora Revista dos Tribunais.

OLMO, Rosa del. *¿Prohibir o Domesticar?* Caracas, Editora Nueva Sociedad, 1992.

_____. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo, Editora RT, 4ª edição, 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **A Nova Lei Antidrogas – Comentários e Jurisprudência**. Niterói, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2ª edição, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 1994.