

A INTERPRETAÇÃO DA LEI 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 SOB A ÓTICA DA DOUTRINA DA ESCOLA DE CHICAGO E TEORIAS DO CONSENSO

Andrey Jeronimo Leirias¹

Luiz Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

O artigo em tese aborda a questão da interpretação da atual lei de tóxicos, bem como de suas normas adjetas, dando ênfase ao modelo ideal de subjetivação do Direito, qual seja, a aplicação da norma sob a ótica da ciência da criminologia, mais especificamente, da Teoria do Consenso e doutrina da Escola de Chicago. Tem como objetivo demonstrar que, embora a lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 tenha trazido em seu texto legal um viés preventivo, na prática, só se aplica seu caráter punitivo e coercitivo. Dessa forma, o uso e tráfico de drogas enquanto problema de saúde pública se apresenta cada vez mais distante de ser combatido de maneira eficaz. Para tanto, utilizou-se como metodologia a análise das normas pertinentes, doutrinas e artigos científicos relacionados ao assunto em questão.

Palavras-chave: Drogas. Tráfico. Saúde Pública. Criminologia. Escola de Chicago. Teoria do Consenso. Prevenção.

THE INTERPRETATION OF THE LAW 11.343 OF 23 AUGUST 2006 FROM THE PERSPECTIVE OF THE DOCTRINE OF CHICAGO SCHOOL AND THEORIES OF CONSENSUS

ABSTRACT

The article thesis addresses the issue of interpretation of the current law on toxic substances, and their adjectives standards, emphasizing the ideal model of subjectivity of law, namely the application of the rule from the perspective of the science of criminology, more specifically, Consensus theory and doctrine of the Chicago School. It aims to demonstrate that although the law 11.343 of August 23, 2006 has brought in its legal text a preventive bias in practice only applies its punitive and coercive character. Thus, the use and trafficking of drugs as a public order problem appears increasingly distant to be fought effectively. For this purpose, it was used as a methodology to analyze the legal text, doctrines and scientific articles related to the subject matter.

Keywords: Drugs. Traffic. Public health. Criminology. Chicago School . Consensus theory. Prevention.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNIRN. andreyleirias@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNIRN. luluca@supercabo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O delito, indubitavelmente, é um fenômeno social que pode ser detectado de forma invariável em qualquer nação ou povo, independente do contexto histórico, político ou econômico na qual este esteja inserido. Dessa forma, ao longo dos anos, incansáveis estudos se desenvolveram com o fito de entender o fenômeno criminológico e buscar formas eficazes de combatê-lo e preveni-lo.

Diante de tal presença criminógena nas sociedades, surgiu o que atualmente nós chamamos de Ciência da Criminologia, onde estudiosos se preocupavam com os fatores determinantes do delito.

Nesse sentido, observando os fenômenos sociais emergentes e transpassados historicamente, temos como expoentes do estudo da ciência criminológica os autores Cesare Beccaria e Cesare Lombroso, que foram os primeiros a sistematizar uma ciência que tivesse como objeto o estudo das raízes do delito para o controle da criminalidade buscando a defesa social.

Assim sendo, impulsionados pela sistematização da criminologia como ciência, diversos outros estudos criminológicos surgiram posteriormente, sempre pautados nos fenômenos sociais, políticos, históricos e econômicos e buscando compreender a conduta delitiva em cada sociedade. Dentre eles, interessa aqui destacar os estudos da Escola de Chicago e suas contribuições para a ciência criminal e aplicabilidade prática eficaz das normas de Direito Material de modo que os interesses sociais sejam satisfeitos.

Neste linear, em virtude da já comprovada pertinência da aplicação do estudo da criminologia na compreensão dos fatos sociais enquanto juridicamente criminalizados, é forçoso o atrelamento do uso de drogas e sua repreensão jurídica à ótica criminológica.

Fundamentando-se nas normas penais existentes, precisamente na legislação específica de tóxicos, o presente artigo busca interpretar e expor as evidentes formas ineficazes de lidar com a problemática das drogas enquanto fato social juridicamente relevante e problema de saúde pública, através dos estudos criminológicos formulados pela Escola de Chicago, seus precursores e as Teorias do Consenso.

Para seu melhor desenvolvimento e análise, este artigo foi organizado em capítulos, que tratam: 1) da Teoria do Consenso e Escola de Chicago: o surgimento da criminologia norte-americana e os seus avanços, versando sobre os estudos formulados por tais doutrinas,

em virtude do crescimento geopolítico das cidades e consequente alta de delitos, de modo que se identifiquem as razões da criminalidade e se apresente medidas eficazes de prevenção e combate; 2) da normatização do uso de drogas e seu caráter preventivo: lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 e dispositivos normativos adjetos, onde se analisa o advento da lei de drogas e sua primeira parte onde se demonstra uma preocupação com a prevenção do uso de drogas e políticas que trazem cuidados especiais para as figuras do usuário e dependente; 3) dos crimes previstos na lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, que versa sobre o caráter punitivo trazido pela lei de tóxicos, de modo que se diferencia conceitualmente e criminalmente as figuras do traficante e do usuário, aplicando-lhes penas diversas; 4) do direito subjetivo: A real aplicação da lei de drogas e seu idealismo sob a ótica da Escola de Chicago e Teoria do Consenso, onde se revela a real situação do uso de drogas e falha da aplicação da lei de drogas, no que diz respeito à sua parte preventiva e o nocivo afastamento da ciência da Criminologia como medida eficaz no combate ao uso e tráfico de drogas.

A atual lei de tóxicos traz na forma de lidar na prática com o viciado, bem como no combate ao tráfico e no modo de diferenciação da figura do traficante do usuário, latentes inobservâncias à Criminologia como ciência aliada do Direito Penal na composição da Ciência Criminal. De maneira específica, sob uma ótica consensual presente, com maestria, nos estudos da Escola de Chicago, a lei de tóxicos é extremamente ineficaz no combate às drogas e seus reflexos na saúde pública, se afastando não só da criminologia como ciência, mas também dos preceitos Constitucionais regentes da ordem jurídica repressiva.

Diante desse contexto, busca-se propor uma reforma na aplicação prática da lei de drogas e subjetivação dela aos indivíduos da sociedade, de modo que, à luz da doutrina da Escola de Chicago e Teorias do Consenso, seja dada a necessária eficácia no combate às drogas, tanto na esfera preventiva, quanto na repressiva, sendo, portanto, a problemática existente, de fato, tratada como questão de saúde pública e revestindo de influência jurídica as medidas de solução dos conflitos existentes em torno da subjetividade das normas de direito material que cerceiam o tema.

2 DA TEORIA DO CONSENSO E ESCOLA DE CHICAGO: O SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA NORTE-AMERICANA E OS SEUS AVANÇOS.

Diante de todos os estudos criminológicos formulados ao longo da história, destaca-se a Criminologia norte-americana. No início, embora bastante evoluído à época, os estudos criminológicos se concentravam no agente criminoso considerado individualmente, isto é, os

motivos ensejadores de sua conduta e as características desta, eram compreendidos através de um estudo que se limitava somente à figura do próprio agente.

Com a disseminação da criminologia enquanto ciência nos Estados Unidos, tivemos um grande salto em seu método, passando agora, a criminologia, a se preocupar com fatores que levam a sociedade como um todo a praticar determinadas infrações penais. Tal método foi denominado de “macrocriminalidade”. As abordagens agora, com os estudos americanos, buscavam contextualizar a conduta criminoso baseada nos fatores determinantes incidentes sobre o agente, com o fito de compreender a raiz do problema.

Nesse sentido foi que, criou-se a chamada Teoria do Consenso, cujo pensamento se resumia ao fato de que, quando as instituições sociais têm um perfeito funcionamento, de modo que os indivíduos tenham as mínimas condições de subsistência, são reduzidos os fatores determinantes às condutas delituosas. Tais fatores determinantes devem ser entendidos como o próprio fracasso no funcionamento das instituições sociais. Em suma, quando o Estado falha em prestar aos indivíduos os serviços básicos que lhes são devidos, há uma força motriz incidente na sociedade que tende a gerar um crescimento da criminalidade. Se tomarmos uma cidade como laboratório, podemos constatar a veracidade de tal assertiva, no sentido de que, a criminalidade é invariavelmente maior nas áreas mais periféricas, onde as necessidades básicas sociais não são atendidas.

É notório que, por ventura, embora haja o funcionamento adequado das instituições sociais, de modo que seja garantido as fieis garantias mínimas de subsistência, ainda assim haja a constatação de criminalidade na sociedade. Ora, é presumidamente impossível que se consiga medidas preventivas e combativas que façam com que uma sociedade ostente uma taxa de criminalidade zerada.

Diante disso, ressalte-se que a criminalidade sempre será presente em qualquer sociedade, a variável será a intensidade. Sendo assim, é necessário esclarecer que a Criminologia busca compreender as raízes do fenômeno crimógeno e, em consequência, conseguir o controle da paz social reduzindo potencialmente a incidência de delitos e não anula-la por completo; embora almejante, tal fato é evidentemente utópico. Portanto, sob a ótica da Teoria do Consenso, se em uma sociedade que tenha o funcionamento perfeito de suas instituições sociais ainda exista criminalidade - mesmo que baixa - tal fato não quer dizer que há falha da aplicação e constatação empírica da Teoria do Consenso. Reitera-se, o crime é um fenômeno social que sempre existirá.

Nesse sentido, de maneira lúcida e esclarecedora apregoa Émile Durkheim³:

Se há um fato cujo caráter patológico parece incontestável é sem dúvida o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre esse ponto. Apesar de explicarem esta morbidez de maneira diferentes, são unânimes na sua constatação. Contudo, o problema merecia ser tratado com menos superficialidade. Com efeito, apliquemos as regras precedentes. O crime não se produz só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado; mas em todo o lado e em todos os tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles.

Como espécie da Teoria do Consenso, podemos constatar a teoria da Escola de Chicago, cuja doutrina foi pioneira na Criminologia americana. Suas experiências se deram em virtude do contexto histórico no qual, com o crescimento do mercado, a migração para os principais polos econômicos gerava a formação das metrópoles. Dessa forma, a Escola de Chicago foi contemporânea ao processo de formação dos *ghettos*, ou seja, grupos étnicos que geograficamente se alocavam em regiões onde as instituições sociais não tinham seu funcionamento pleno em virtude da descontrolada crescente da população.

A escola de Chicago usava da observação direta e experiência prática para formular suas constatações, de modo que a procedência de sua teoria pôde ser estatisticamente comprovada. Nesse sentido nos ensina Lélío Braga Calhau⁴:

Caracterizou-se pelo seu empirismo e sua finalidade pragmática, isto é, pelo emprego da observação direta em todas as investigações (da observação dos fatos são induzidas as oportunas teses) e pela finalidade pragmática a que se orientavam: um diagnóstico confiável sobre os urgentes problemas sociais da realidade norte-americana de seu tempo.

Dessa forma, a Escola de Chicago apregoava que o meio no qual o indivíduo está inserido influenciará em suas características pessoais e, por conseguinte, na sua conduta, de modo que, aquele que porventura venha a delinquir tende a ser motivado pela falha funcional das instituições sociais naquela região onde vive.

Isto posto, conforme a doutrina formulado pelas Teorias do Consenso e, de forma mais específica, pela escola de Chicago, o Estado detém, indiretamente, o poder regulador da escala de criminalidade de uma sociedade. Tal afirmação não significa, conforme já fora exposto, que a criminalidade seja anulada, mas sim, que seja minimizada pelo bom

³ DURKHEIM, Émile. As Regras do Método. pág. 82.

⁴ CALHAU, Lélío Braga. Resumo de Criminologia. Pag. 60

funcionamento da máquina pública no que tange ao fornecimento de subsídios mínimos de existência e convívio social.

3 DA NORMATIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA DO USO DE DROGAS E SEU CARÁTER PREVENTIVO: LEI 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 E DISPOSITIVOS NORMATIVOS ADJETOS

Embora dotada de reprobabilidade penal e tipificada em lei específica, também é pacífico entre os estudiosos e na normatização, o entendimento de que o uso de drogas se trata de uma problemática de ordem de saúde pública. A lei de drogas, qual seja, 11.343 de 26 de agosto de 2006, se preocupou com tal repercussão de modo que, não só trouxe uma face punitiva, mas também instituiu ferramentas de caráter preventivo e abalizador do uso de drogas.

Dessa forma, foi instituído na aludida lei o SISNAD, ou seja, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que tem o fito preventivo em sua essência, de modo que haja uma eficácia garantida na resolução do embate das drogas enquanto problema de saúde pública. É essa a interpretação gramatical do art. 3º da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Vejamos:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:
I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.
(BRASIL, lei 11.343 de agosto de 2006).

Nesse sentido, considerando os elementos da ciência da Criminologia já abordados acima, percebemos que a Lei de Drogas, se considerada sob a ótica do Direito Objetivo, seria virtuosa a ponto de beirar a perfeição, pois se atenta primordialmente à raiz do problema, não apenas o tratando com repressão, mas também lançando uma protetividade justificada na ideia de prevenção, fazendo com que o dispositivo jurídico seja eficaz na resolução do problema.

Ademais, ao tratar do SISNAD, deve-se observar a sua regulamentação contida no Decreto nº 5.912 de 27 de setembro de 2006, onde estão previstas as diretrizes do SISNAD, que fora instituído, conforme já visto, na lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Ao tratar de sua composição, o aludido decreto determina que entre demais órgãos compositores, está previsto o CONAD, que também foi atribuída grande importância no combate e prevenção ao uso de drogas. (BRASIL, Decreto nº 5.912 de 27 de setembro de 2006)

Neste sentido, é demasiadamente louvável a resolução de nº 3 do CONAD, Conselho Nacional Antidrogas, que instituiu os pressupostos e objetivos da Política Nacional sobre Drogas, de modo que, mais uma vez, esteve presente o viés preventivo e social da norma jurídica. Cumpre destacar aqui, o trecho da referida resolução que introduz o tópico que trata das políticas preventivas do uso de drogas, senão vejamos:

1. PREVENÇÃO 1.1 Orientação geral 1.1.1 A efetiva prevenção é fruto do comprometimento, da cooperação e da parceria entre os diferentes segmentos da sociedade brasileira e dos órgãos governamentais, federal, estadual e municipal, fundamentada na filosofia da “Responsabilidade Compartilhada”, com a construção de redes sociais que visem à melhoria das condições de vida e promoção geral da saúde. (BRASIL, Resolução nº 03/05 do CONAD).

Observa-se, mais uma vez, que, é latente a atribuição da política preventiva do uso de drogas ao bom funcionamento das instituições sociais, tendo cada ente federativo sua função autônoma, mas, ao mesmo tempo, em coesão e cooperação com os demais entes.

Neste linear, ao voltarmos para a lei de drogas, ao instituir o Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o seu art. 4º apregoeou os princípios do SISNAD, tendo mais uma vez ganhado atenção o caráter preventivo e cogente da saúde pública do uso de drogas. Reforça-se tal afirmativa, o fato de que no rol de princípios, está contido aquele que determina que seja respeitada no SISNAD e, por conseguinte, na lei 11.343, a necessária observância às normas emanadas do CONAD, ou seja, sempre com fito preventivo e integrador, visando o bom funcionamento das instituições sociais de modo que trate-se a causa do problema e não meramente seus efeitos. (BRASIL, Lei 11.343 de agosto de 2006)

Ademais, podemos verificar a evidente preocupação da prevenção do uso indevido de drogas contida na primeira parte da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, ao analisarmos seus arts. 18 e 19, que tratam de forma literal e contundente de tal fito preventivo do dispositivo legal. Nesse sentido, é importante descortinar como se objetiva tal matéria de deverás importância contida na lei 11.343. Assim sendo, podemos obter tal informação através da leitura do art. 18, que dispõe que “constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção”. (BRASIL, Lei 11.343 de agosto de 2006).

Tais medidas de prevenção são norteadas pelo art. 19 da aludida lei, que elenca os princípios e diretrizes da prevenção ao uso indevido de drogas.

Acerca das atividades de prevenção, Renato Marcão⁵ brilhantemente estabelece um rol exemplificativo e esclarecedor de quais medidas se correlaciona com o proposto no mencionado art. 18. Vejamos:

Entre as medidas de prevenção ao uso indevido de drogas incluem-se: a) a orientação escolar nos três níveis de ensino; b) manter nos estabelecimentos de ensino serviços de apoio, orientação e supervisão de professores e alunos; c) incentivar a prática de atividades esportivas, artísticas e culturais; promover debates relacionados a questões ligadas à saúde, cidadania e ética; manter nos hospitais atividades de recuperação de dependentes e de orientação de seus familiares etc. Podem ser consideradas atividades de prevenção, dentre outras, todas as atividades relacionadas com as medidas que acima foram indicadas de forma exemplificativa. (Brasil, lei 11.343 de 23 de agosto de 2006)

Nada obstante, a lei de tóxicos trouxe não só uma tentativa de prevenir o uso de drogas e sua disseminação dentro da sociedade, mas também, preocupou-se com aqueles indivíduos que, tragicamente, já sucumbiram ao submundo do vício de drogas, de modo que haja a necessária recuperação e posterior reinserção de tais indivíduos na sociedade devidamente recuperados, bem como, o amparo psicológico e social àqueles que são familiares dos dependentes químicos e que, são, de fato, vítimas indiretas do uso indevido de drogas.

Enfim, em atendimento à dinamicidade social, a primeira parte da lei 11.343 de 2006 veio tutelar o uso de drogas como problemática de saúde pública, valendo-se de um caráter preventivo e social, de modo a priorizar o bom funcionamento das instituições sociais, de modo a tratar com eficácia a problemática em tela; sendo contunde à suas causas e não seus efeitos.

Dessa forma, podemos destacar os dispositivos legais dos arts. 22 e 23 da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Vejamos:

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas. (Brasil, lei 11.343 de 23 de agosto de 2006)

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais. (Brasil, lei 11.343 de 23 de agosto de 2006)

⁵ MARCÃO, Renato. Tóxicos, pag. 32.

Dessa forma, podemos observar que a norma jurídica em comento não se preocupou apenas com a prevenção da problemática, mas também com os resultados lastimáveis causados pela mesma, no sentido de que a responsabilidade do Estado enquanto garantidor de saúde pública seja perpetuada desde a prevenção à reabilitação do indivíduo, uma clara homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumprir destacar, que a lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 trouxe uma inovação, no sentido de dispor que as instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção do usuário e do dependente de drogas no mercado de trabalho encaminhados por órgão oficial, poderão receber benefícios da União, Estados, Distrito Federal ou municípios. Observa-se que, conforme bem explica Renato Marcão⁶ para que a empresa receba tal benefício, o usuário ou dependente de drogas deverá ser encaminhado por órgão oficial, não bastando que a empresa institua por si só um programa de reinserção e escolha, à sua oportunidade e conveniência, dependentes e/ou usuários para que dele participem.

Para fins de esclarecimento, percebe-se que a lei de drogas tratou do dependente químico e do usuário de drogas como figuras diferentes, de modo que se faz necessário a devida diferenciação conceitual.

O usuário deve ser considerado como aquele indivíduo que faz uso de drogas ou qualquer outra substância que cause dependência física ou psíquica, mas que, possua total temperança no uso, sem que haja submissão a tal substância, tendo este total controle de suas vontades e atos.

De outro lado, a lei de drogas classifica o dependente químico como uma figura mais preocupante do ponto de vista patológico, sendo este conceituado de forma brilhante pelo mestre Sérgio Oliveira Médici⁷ que define o dependente como “aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeitos às drogas, sob o poder dos tóxicos, entendendo-se por dependência o estado de quem está sujeito, sob domínio, subordinado aos entorpecentes”.

A lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, no seu artigo 26, trouxe ainda, como último artigo da primeira parte, antes de adentrar na tipificação criminal, a garantia ao usuário e dependente que tiverem praticado infração penal e, em razão disso, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou medida de segurança, de receberem serviços pertinentes à sua saúde, no que diz respeito à libertação do uso, a serem definidos pelo respectivo sistema penitenciário. Nota-se que, tal artigo, concedeu uma extensão à aplicação das medidas preventivas e ressocializadoras, de modo que a expressão “infração penal” não se restringe às

⁶ MARCÃO, Renato. Tóxicos, pag. 44.

⁷ MÉDICI, Sérgio Oliveira. Tóxicos, pag. 36.

tipificadas na lei 11.343 de agosto de 2006. Acerca do referido artigo, vale citar a nobre lição de Renato Marcão⁸:

Ao assegurar os serviços de atenção à saúde aos usuários e aos dependentes de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos à medida de segurança, o legislador estabeleceu a garantia de que receberão os cuidados necessários; o tratamento para o combate ao uso ou dependência de drogas. Trata-se de medida humana e profilática, que visa à recuperação do dependente e usuário. De início cumpre anotar que a expressão “em razão da prática de infração penal” amplia consideravelmente o alcance da norma, de forma que sua incidência vai além das figuras típicas previstas na lei 11.343/2006, vale dizer, estende-se aos crimes previstos no Código Penal e demais legislações extravagantes.

Por fim, cumpre aqui sintetizar e ressaltar que, conforme exposto acima, a primeira parte da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, bem como os dispositivos legais pertinentes, preocupam-se com o viés intersubjetivo, ou seja, há um amparo ao indivíduo considerado em si, de modo que permita, através de políticas públicas que visem o bom funcionamento das instituições sociais, garantir a prevenção do uso de drogas, bem como o tratamento e reinserção daquele que se classifiquem, por sua condição, como dependente químico ou usuário.

4 DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006

Ao avançarmos na análise da lei de tóxicos, chegamos ao seu capítulo III, onde tratamos dos crimes e das penas relacionadas ao uso, porte e comercialização de drogas ilícitas. Dessa forma, conforme já estudado acima, passamos de um viés preventivo e ressocializador, para um viés punitivo. Nada obstante, a parte penal da lei drogas ainda se preocupou com a questão de saúde pública, visto que, a conduta objeto da punição, não é o uso em si da substância, mas a posse daquele que a usará para consumo próprio, visando proteger, primordialmente, a circulação na sociedade de uma substância nefasta.

Dessa forma, como pontapé inicial do estudo do presente tópico, podemos aqui esposar o texto legal do art. 28, por se tratar do dispositivo chave da parte penal e por conter informações importantíssimas para o desenvolvimento da problemática em comento. Vejamos:

⁸ MARCÃO, Renato. Tóxicos, pago 47.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, lei 11.343 de 23 de agosto de 2006)

Observa-se que, nitidamente, o dispositivo legal em comento refere-se à figura do usuário de drogas e não do traficante, cuja análise será feita mais adiante.

Outrossim, há uma interpretação principiológica equivocada, no que tange ao princípio da lesividade no uso de drogas. Tal princípio versa que, somente será objeto de punição e tipificação criminal, aquelas condutas que atinjam a terceiros, de modo que não poderá ser punida aquela conduta meramente interna do indivíduo, ou que somente se prejudique a si mesmo. É essa a nobre lição que nos deixa Oscar Emilio Sarrule⁹:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direito de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.

⁹ SARRULE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad Del sistema jurídico penal (Abolicionismo ou Justificación) pag, 98.

Ocorre que, alguns hermeneutas entendem que, pelo fato do uso de drogas prejudicar apenas o usuário e ser uma conduta que não transcende seus danos a terceiros, esta não deveria ser tutelada pelo ordenamento jurídico penal, de modo que não há a figura da vítima. Ocorre que, a interpretação do dispositivo legal deve ser sempre levando-se em consideração que o uso de drogas não se trata de apenas uma escolha de um indivíduo sem potencial lesivo, mas sim de algo que reflete em toda a sociedade, pois a disseminação de substâncias entorpecentes ilícitas, seu uso e efeitos trata-se de um problema de saúde pública. Não há o que se falar em ausência de potencial ofensivo, visto que, a vítima é toda a sociedade.

Tanto é verdade que, com o advento da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, no núcleo do tipo do seu art. 28, nota-se que não consta-se a conduta comissiva “usar”, de modo que o uso de drogas não seja caracterizado como a raiz do problema o usuário, mas sim a disseminação das drogas dentro da sociedade.

Sendo assim, ao avançarmos no estudo da parte penal da lei 11.343 de 2006, devemos reconhecer, a priori, a objetividade jurídica da mesma, cuja se evidencia como sendo a proteção à saúde pública. Nesse sentido, cumpre citar o brilhantismo jurídico de Fernando Capez¹⁰:

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação.

De maneira semelhante, há ainda na doutrina aqueles que defendam que, com o advento da lei 11.343, foi descriminalizada a conduta daquele indivíduo que porta drogas com o fito do consumo pessoal. Luiz Flávio Gomes¹¹ foi o primeiro que escreveu sobre o assunto, versando que:

O legislador aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para o consumo pessoal. Ora, se legalmente (no Brasil), crime é a infração punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativamente 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 comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa. Em outras palavras, a nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta

¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação especial, pag. 752.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. Lei de drogas comentada, 2013, pag. 109 e 110

da posse de droga para o 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. Diante de tudo o quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para o consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*.

Cumpre destacar que, tal posicionamento, embora oriundo de um magnífico doutrinador, é minoritário. Outrossim, não se pretende aqui concordar ou discordar da aludida doutrina, mas sim demonstrar e acentuar a evidente preocupação da lei 11.343/06 com as drogas enquanto problema de saúde pública e não em punir, de forma tirana, o viciado considerado individualmente.

De outro lado, observamos, por uma premissa fática, que o uso de drogas só existe em virtude de haver um acesso a tais drogas, de modo que, de maneira lúcida, a conduta daquele que as fornece, também deveria ser criminalizada. Foi nesse sentido que o art. 33 da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 trouxe a punição para a figura do traficante, trazendo 18 (dezoito) núcleos do tipo de maneira proibitiva e com penas bem mais gravosas, de modo que o agente que se subsumir a qualquer um desses núcleos, incorrerá no crime de tráfico.

Se por um lado podemos enxergar o art. 28 com uma face branda, o art. 33 possui uma severidade punitiva ao indivíduo que pratica a conduta delituosa do tráfico. Observa-se que, embora haja uma individualização bem maior do sujeito no art. 33 do que no art. 28, ainda aqui há uma preocupação intrínseca com a saúde pública, visto que, proibi-se determinada conduta com o fito de garantir que não haja a disseminação das drogas na sociedade e consequente aumento no número de dependentes.

Reforça-se tal pensamento pelo fato de que, a doutrina majoritária considera como objeto jurídico do crime de tráfico a saúde pública, bem como, o seu sujeito passivo como sendo a coletividade.

Nesse sentido, expõe-se o aludido artigo:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, lei 11.343 de 23 de agosto de 2006).

Ademais, podemos verificar que a lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, tutelou a figura do traficante e do usuário de maneira diferente, dado muito mais severidade ao traficante enquanto agente propagador do problema de ordem de saúde pública. Por outro lado, para o usuário foram previstas sanções mais brandas, que, embora sejam coercitivas, mais se assemelham a medidas recuperadoras.

4 DO DIREITO SUBJETIVO: A REAL APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI DE DROGAS E SEU IDEALISMO SOB A ÓTICA DA ESCOLA DE CHICAGO E TEORIAS DO CONSENSO

Tivemos a oportunidade, nos tópicos acima, de analisar minuciosamente os dispositivos mais importantes contidos na lei de drogas, de modo que pudemos perceber seu caráter preventivo e ressocializador, sempre enxergando a problemática do uso de drogas como problema de saúde pública e não apenas como uma conduta singular de um indivíduo apenas. É esse o evidente objeto da lei, bem como é o que se pode extrair de uma interpretação gramatical da mesma.

Ocorre que, para que uma lei seja dotada de plena eficácia, não basta que seu texto legal tenha garantido o ideal de lídima justiça, mas sim que sua aplicabilidade prática seja eficaz, através dos mecanismos de subjetivação do direito material. No caso da lei de drogas, embora se reconheça vários pontos louváveis, neste estudo não se pretende afirmar que seu texto legal seja perfeito ou que se aproxime da total garantia de justiça, mas sim analisar, na

prática, aquilo que foi consolidado na redação da norma jurídica, bem como, demonstrar suas imperfeições sob a ótica da criminologia enquanto ciência fundamental para o controle social no que tange a prática de delitos.

Nesse cenário dicotômico entre a perfeição da redação legal e sua real aplicabilidade prática dentro da sociedade, podemos, por questões conceituais e esclarecedoras, observar a diferença existente entre o Direito Objetivo e o Direito Subjetivo. O direito objetivo, em poucas linhas, seria a norma considerada em si, o texto legal promulgado sem que haja a vinculação da norma com os indivíduos na sociedade. De outro lado, o direito subjetivo, é quando o direito objetivo, ou seja, a norma considerada isoladamente, se vincula ao indivíduo na sociedade, de modo que haja uma aplicabilidade prática da norma na coletividade. É quando a norma “sai do papel” e passa a ser usada pelo povo. Nesse sentido, de maneira extremamente esclarecedora, cumpre citar as magníficas lições descortinadoras de Paulo Nader¹²:

O direito subjetivo corresponde às possibilidades ou poderes de agir, que a ordem jurídica garante a alguém. Equivale à antiga colocação romana, hoje superada, do *Jus facultas agendi*. O direito subjetivo é um direito personalizado, em que a norma, perdendo o seu caráter teórico, projeta-se na relação jurídica concreta, para permitir uma conduta ou estabelecer consequências jurídicas. Quando dizemos que “fulano tem direito à indenização”, afirmamos que ele possui direito subjetivo. É a partir do conhecimento do Direito objetivo que deduzimos os direitos subjetivos de cada parte dentro de uma relação jurídica.

Diante de tal conceito, podemos observar que já analisamos o direito objetivo nos tópicos acima, de modo que devamos agora partir para a análise da subjetivação da lei de drogas, pois tal conceituação é necessariamente aliada ao estudo da ciência da criminologia, mais especificamente, à luz da doutrina da escola de Chicago e teorias do consenso.

Conforme já tivemos a oportunidade de analisar, a lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 trouxe em seu texto legal uma perspectiva preventiva e ressocializadora, de modo que deu-se uma maior preocupação ao uso de drogas enquanto problema de saúde pública. Já observamos também a importância da criminologia aliada ao Direito Penal, como ciência garantidora da eficácia da aplicação das normas materiais penais e redutora da criminalidade.

Pois bem, diante da assertiva proposta pela teoria do consenso e comprovada através do empirismo da Escola de Chicago, de que o bom funcionamento das instituições sociais faz com que os indivíduos comunguem de um objetivo comum na sociedade e aceitem as normas jurídicas plenas, podemos notar que a lei 11.343 de 2006, em sua primeira parte instituiu

¹² NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, pag. 105.

células sociais com o fito de prevenir o uso de drogas e controla-lo, quais sejam, o SISNAD e CONAM, bem como, previu diversas políticas que coíbam e reestruturem a sociedade do seu status de disseminação do uso de drogas.

Ora, se voltarmos os olhos para o estudado acerca das normas jurídicas que tratam das drogas, bem como a vinculação dela aos indivíduos da sociedade, ou seja, o direito subjetivo, perceberemos que, em nossa sociedade, o uso de drogas ainda é elevado, como também, o trafico de drogas é incontrolável, sendo toda e qualquer operação policial nesse sentido apenas paliativa.

Sedo assim, percebemos que, embora lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 tenha trazido louváveis disposições para tratamento, prevenção e combate às drogas, se observarmos a sua aplicação prática, veremos que, evidentemente, não há uma eficácia na diminuição do uso de drogas e do tráfico.

Além dos gráficos e estudos estatísticos, sociais e criminológicos acerca da problemática das drogas, podemos verificar a ineficácia da aplicabilidade prática da lei de drogas com a simples observação da vida social. O trafico movimenta incontáveis quantias de dinheiro, o traficante domina as favelas e distribui entorpecentes por toda a cidade, as periferias são tomadas por recantos de usuários de drogas que se aglomeram comungando de situações degradantes sem que haja nenhuma assistência psicológica, social, médica ou reabilitadora. Enfim, figura-se evidente a qualquer cidadão, mesmo que leigo, que a lei de drogas e as instituições sociais pertinentes não alcançam sequer uma faísca de eficácia na resolução da problemática.

Dessa forma, ao analisarmos que a problemática do uso de drogas é latente dentro de nossa sociedade, devemos nos socorrer aos estudos da ciência da Criminologia para conseguirmos a plena aplicabilidade prática das normas materiais.

Se observamos o proposto pela Teoria do Consenso, deve-se analisar que, para que a primeira parte da lei de drogas seja dotada de eficácia, é necessário que as instituições sociais pertinentes funcionem plenamente com o fito de garantir que seja prevenido o uso de drogas dentro da sociedade, bem como, as atividades de tratamento e ressocializadoras tenham o devido funcionamento.

Por outro lado, não basta que seja dada atenção apenas às figuras do dependente e do viciado, o tráfico de drogas deve também ser combatido como para que seja sanado o problema de saúde pública oriundo das drogas. Ocorre que, tal combatividade, deve se dar não apenas pelo uso do poder coercitivo do Estado, é necessário que seja dada uma atenção à raiz do problema.

O tráfico de drogas tem como quartel general as áreas mais periféricas da cidade. O poder do traficante nas favelas é tão acentuado que forma-se um sistema jurídico próprio dentro daquela comunidade, onde a ordem é mantida e estabelecida pelo tráfico. Nesse sentido, sabendo que o tráfico detém um poder demasiado, não é lúcido que o combate ao tráfico seja apenas por intervenções policiais.

O tráfico de drogas deve ser enfrentado conforme a Teoria da Escola de Chicago, primordialmente, ou seja, através da organização social, das intervenções do Estado com melhores condições de subsistência aos indivíduos alocados naquelas áreas cujas se figuram como periféricas em virtude da desorganização do crescimento econômico e migratório. Ressalte-se que, o tráfico de drogas é evidentemente maior nas favelas e áreas onde as condições sociais são menores, onde estão aqueles indivíduos que estão às margens da sociedade, onde as oportunidades de vida se resumem praticamente a se unirem à organização criminosa do tráfico. É empírica a teoria da Escola de Chicago nesse sentido. A desorganização social gera naturalmente que aqueles indivíduos alocados nas zonas de pobreza, se voltem à criminalidade. O meio é fator determinante à delinquência.

Nesse sentido, verifica-se a brilhante doutrina de Freitas¹³:

A reunião, nas áreas degradadas, de determinados sujeitos, perdedores dos processos ecológicos, notadamente no tocante ao da competição, fará das mesmas áreas naturais criminógenas, cujo componente central é a desorganização social, causa por excelência da criminalidade no pensamento da Escola de Chicago. As casas não são necessariamente piores do que as casas do campo, mas o campo tinha inúmeros diferenciais positivos, tais como a amplitude dos espaços abertos e o convívio mais saudável com a natureza.

Observa-se, portanto, que, para que se tenha realmente uma eficácia no combate ao tráfico, deve ser dada uma necessária atenção às áreas mais afastadas na sociedade. Ao usar a cidade como laboratório, a Escola de Chicago verificou que o grande crescimento dos centros urbanos, torna o convívio entre os indivíduos distante geograficamente, ou seja, aquele que mora na favela, tem suas condições de vida completamente opostas àquele que reside na área nobre da cidade. Dessa forma, a exclusão de determinados povos dentro de uma mesma sociedade, gera um natural enfraquecimento no controle do Estado de modo que se resulte numa espécie de normatização específica de determinados grupos diferente daquela norma geral imposta a todos. Na favela, por exemplo, é muito mais aceita pelos moradores a regra imposta pelos traficantes do que as normas jurídicas nacionais impostas a todos. É moral para

¹³ FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. Espaço Urbano e Criminalidade. p. 26

os moradores da favela que os sicários do tráfico roubem o caminhão de gás e distribuam entre as famílias; para eles, muitas vezes não faz sentido seguir as normas impostas por uma sociedade que os oprime e não lhes fornece oportunidades.

Nesse sentido, podemos verificar os ensinamentos de Davi de Paiva Costa Tangerino¹⁴, ao falar da teoria da desorganização social apregoada pela Escola de Chicago. Vejamos:

Quando as agências de controle social perdem o poder, o comportamento do grupo torna-se instável e imprevisível. Se a sociedade está em mudança, a falta de padrões de conduta pode ser o resultado do conflito entre as novas e as recém desenvolvidas regras de conduta. Esse conflito de padrões, leva à desorganização social.

Nesse sentido, ao Estado buscar tratar a problemática do uso de drogas através da organização social, oferecendo intervenções mais eficazes nas áreas mais suburbanas, a lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 teria uma eficácia realmente plena e seu caráter preventivo seria de fato explorado. A guerra do tráfico deve ser vencida pelo Estado, mas através de armas realmente eficazes, através de políticas preventivas e socializadoras nas áreas mais vulneráveis economicamente e socialmente.

De acordo com a Resolução nº 03 de 2005 do CONAD, já mencionada nesse estudo, as intervenções de políticas preventivas do uso de drogas devem ser com ênfase em áreas mais periféricas. Vejamos:

1.1.2 A execução desta política, no campo da prevenção deve ser descentralizada nos municípios, com o apoio dos Conselhos Estaduais de políticas públicas sobre drogas e da sociedade civil organizada, adequada às peculiaridades locais e priorizando as comunidades mais vulneráveis, identificadas por um diagnóstico. Para tanto, os municípios devem ser incentivados a instituir, fortalecer e divulgar o seu Conselho Municipal sobre Drogas.

1.1.3 As ações preventivas devem ser pautadas em princípios éticos e pluralidade cultural, orientando-se para a promoção de valores voltados à saúde física e mental, individual e coletiva, o bem-estar, a integração socioeconômica e a valorização das relações familiares, considerando seus diferentes modelos. (BRASIL, Resolução do CONAD nº 03 de 2005)

Dessa forma, observa-se ainda que a Escola de Chicago introduziu, como outra inovação, os chamados inquéritos sociais (*social surveys*) na investigação da criminalidade, onde se apurava o real índice de criminalidade naquela determinada área.

¹⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Criminologia no Brasil: histórias e aplicações clínicas e sociológicas. p. 133

Diante do exposto, chegamos ao embate da diferenciação da figura do usuário para o traficante. Ora, podemos analisar minuciosamente que a lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 preocupou-se com tal distinção, de modo que as penas para o usuário são demasiadamente mais brandas do que para o traficante. Podemos encontrar os critérios de diferenciação no parágrafo segundo do art. 28 da aludida lei, que diz que:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.(BRASIL, lei 11.343 de 23 de agosto de 2006)

Dessa forma, o critério a ser analisado primordialmente será o da quantidade da droga, no entanto, a quantidade poderá ser subjetiva a cada usuário; alguns podem consumir mais que os outros, ou ainda, alguns podem estar portando uma quantidade elevada em virtude de ter adquirido para garantir o estoque mensal, por exemplo.

Assim sendo muitas vezes o critério de diferenciação determinante será o do local e as condições na qual se desenvolveu a ação. Nesse sentido, observa-se uma situação jurídica extremamente delicada, onde o local da ação se deu de maneira determinante, ou seja, se a operação se dá em uma zona periférica, onde o consumo de drogas e o tráfico são patentes, aquele indivíduo está quase que invariavelmente, fadado a ser considerado traficante, embora talvez não seja. Por outro lado, se um determinado indivíduo é encontrado portando drogas e o mesmo critério legal é aplicado, no entanto, a operação se deu em bairro de classe alta, é quase invariável que este indivíduo seja considerado um usuário.

Observa-se que tal critério de diferenciação se aparta totalmente daquilo já observado neste estudo, onde as áreas mais esquecidas pelo Estado é que possuem um potencial criminal maior. Dessa forma, ao considerar um indivíduo de uma favela como traficante, pelo simples fato de residir na favela, o Estado está fazendo com que o agente pague pelo erro do próprio Estado.

Ora, tal critério é demasiadamente contraditório às normas pertinentes às drogas, como por exemplo, a citada Resolução nº 03 de 2005 do CONAM, que determina que as ações preventivas ao uso de drogas devam ser com mais ênfase nas áreas mais vulneráveis à criminalidade.

Observa-se ainda que, no mesmo critério de diferenciação consta “as condições em que se desenvolveu a ação”. Ocorre que, logicamente, o julgador não tem outra maneira para conhecer as condições em que se desenvolveram a ação, senão pelo próprio relato da

autoridade policial. Dessa forma, indiretamente, o poder de julgamento do agente está nas mãos da autoridade policial. Ou seja, se um indivíduo é apreendido com uma quantidade de drogas que não se dê para diferenciar, a priori, se esta seria para consumo próprio ou para tráfico, o indivíduo estará à mercê do local que se desenvolveu a ação e do relato da autoridade policial do desenvolvimento da operação.

Sendo assim, a eficácia da norma penal estará mais uma vez maculada e apartada do ideal de justiça, visto que, o poder decisório será indiretamente transferido para a autoridade policial, que, de maneira diversa do magistrado, não terá elementos fáticos e jurídicos para determinar o deslinde do caso.

Nota-se, portanto, que, embora lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 e suas normas adjetas tragam uma função mais social e se preocupando com o uso de drogas enquanto problema de ordem pública, a subjetivação dos dispositivos legais, ou seja, a sua aplicabilidade na prática não tem sido eficaz em virtude do mau funcionamento das instituições sociais, de modo que o Estado tenha que, primordialmente, tratar do problema da desorganização social evidente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que embora a primeira parte da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 tenha trazido em seu texto legal medidas que busquem a eficácia do combate às drogas enquanto problema de saúde pública, a norma não se exteriorizou na prática, tendo, portanto, ficado “só no papel”.

Outrossim, conforme já foi demonstrado no presente estudo, para que uma norma material de direito penal tenha seu sentido completo, é necessário que ela seja aplicada e interpretada valendo-se dos princípios e determinações conceituais da ciência da criminologia, de modo que não possa o direito penal caminhar apartado de tal ciência e ter um resultado positivo.

Ora, não se pode vencer a guerra contra as drogas sem que se utilize dos fundamentos da Teoria do Consenso, ou seja, sem que as instituições sociais funcionem dentro da sociedade; não é possível que o combate a um problema de saúde pública seja eficaz se não há, no Estado, um programa de reabilitação de usuários, sistemas instrutivos dos efeitos nefastos do uso de drogas, políticas culturais e educacionais de modo que os jovens e crianças possam ter acesso à informação e diversão ao invés de sucumbir a mecanismos de uma bruta ilusão.

De outro lado, partindo a um plano mais específico dentro da própria teoria do consenso, seguindo a teoria da Escola de Chicago, o Estado deve usar como primeira medida a organização estatal, no sentido de intervir prioritariamente nas regiões mais pobres que foram segregadas no processo de crescimento econômico e populacional, onde a criminalidade tende a crescer geograficamente e a anomia é constante. Não é lúcido que se afirme que o fato empírico de que o índice de criminalidade seja maior nas áreas mais pobres, seja apenas coincidência. Embora as drogas estejam presentes em todas as zonas de uma cidade, sua maior concentração é nas periferias e, quase que invariavelmente, a sua distribuição, ou seja, o tráfico de drogas tem sempre seu quartel general em comunidades carentes.

Dessa forma, o primeiro passo para o combate ao tráfico e ao uso de drogas é a realização dos inquéritos sociais da Escola de Chicago, de modo que, posteriormente, sejam aplicadas intervenções Estatais com o fito de organizar o modelo geográfico e segregacional da sociedade.

Ressalte-se que, no presente estudo, não se busca apologizar ou não a legalização das drogas, mas apenas garantir à norma existe uma aplicabilidade de fato eficaz.

Isto posto, conclui-se que o atual modelo de combate e prevenção ao uso e tráfico de drogas é ineficaz pois a subjetivação do direito é inexistente. Dessa forma, a real eficaz solução ao problema em tela, seria o fiel cumprimento da primeira parte da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, bem como suas normas pertinentes, através da aproximação da norma material a Teoria do Consenso e doutrina da Escola de Chicago, no sentido de garantir as intervenções estatais através de políticas públicas educacionais, ressocializadoras, preventivas e de demais naturezas que garantam ao indivíduo o mínimo de subsistência dentro da sociedade, o que, naturalmente, o afastaria da criminalidade e naufrágio no submundo das drogas. Por outro lado, como medida combativa ao tráfico, o Estado deve ir à raiz do problema, ou seja, intervir de maneira política e social nas favelas e periferias de modo a reduzir a criminalidade e consequentemente o poderio do tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a lei 11.343 de 23 de agosto, dispõe sobre o SISNAD e de 2006 e dá outras providências. **SISNAD**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em: 16 de nov. 2015.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui a **lei de drogas** e dá outras providências. **Lei de Drogas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004/2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 15 de nov. 2015

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. 3. Ed. Niteroi: Impetus, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação especial**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÉMILE, Durkheim.. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2005

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço Urbano e Criminalidade: lições da Escola de Chicago**. Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 5.Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006, Nova Lei de Drogas**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉDICI, Sérgio Oliveira. **Tóxicos**. Ed. Bauru: Jalovi, 1977.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 36. Ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad Del sistema jurídico penal** (Abolicionismo ou Justificación). Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Criminologia no Brasil: histórias e aplicações clínicas e sociológicas**. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.