

Considerações Iniciais

Previsão Constitucional

Antes de adentrarmos ao estudo da lei propriamente dita, é importante lembrar que a criminalização de condutas relacionadas a entorpecentes, sobretudo o tráfico, tem previsão constitucional expressa. Vejamos:

Art. 5º, XLIII, da CF - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Essa previsão pode ser interpretada como um mandado constitucional de criminalização positivado pelo constituinte. Os mandados constitucionais de criminalização, também denominados de mandamentos constitucionais de criminalização, podem ser definidos como normas constitucionais que determinam a criminalização de determinadas condutas para a proteção de bens e valores especialmente relevantes para a sociedade.

Dessa forma, quando a Constituição deseja proteger de forma especial um determinado bem ou valor que a sociedade considere muito importante (exemplo: vida, dignidade humana), ela impõe que determinadas condutas sejam criminalizadas. Como sabemos, o Direito Penal é a *última ratio*, ou seja, ele é a última instância do direito para a proteção de um bem jurídico, a ser utilizada quando os outros ramos do direito não conseguem dar a proteção adequada. Entretanto, nesses casos, como os valores envolvidos são muito importantes para a sociedade, a própria CF/1988 determina a criminalização de condutas atentatórias de determinados direitos, bens ou valores. É aqui que se insere a criminalização das condutas relacionadas ao tráfico de drogas.

Esse mandamento constitucional de criminalização visa, também, evitar que a proteção sobre o bem jurídico “saúde pública” seja insuficiente. Aqui, podemos falar em princípio da proibição da proteção insuficiente (ou deficiente).

Em palavras mais simples, este princípio, que está estritamente atrelado à noção de proporcionalidade, exige dos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente determinados direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Exige-se, então, uma atuação positiva do Estado, que não fique aquém do necessário.

Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD)

Além disso, é importante mencionar que a Lei 11.343/2006, também conhecida como a Lei de Drogas, além de tipificar condutas criminosas, prevê também o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). A definição do SISNAD consta do art. 3º, §1º, desta lei:

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para fins de provas da OAB e de concursos públicos, essas disposições sobre o SISNAD têm baixa incidência. Contudo, para todos os efeitos, é muito importante ler esses artigos iniciais para ter noção dos aspectos administrativos e sociais que dão contorno às políticas públicas nacionais sobre drogas!

Definição de Drogas

Por fim, vamos entender o conceito de “drogas”, dado pela própria lei:

Art. 1º, parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Pela leitura desse artigo, nota-se que se trata de uma norma penal em branco em sentido estrito (heterogênea). Isso porque serão elencadas pela ANVISA, por meio de portaria, todas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência (drogas), de forma que esse preceito não está previsto na própria Lei de Drogas, mas, sim, nesta portaria.

Para lembrar: a norma penal é composta por dois preceitos – primário (é a definição da conduta criminosa. Exemplo: art. 121, CP - "Matar alguém") e secundário (é a pena cominada. Exemplo: art. 121, CP - "Pena - reclusão, de seis a vinte anos"). Na norma penal em branco, o preceito secundário é completo (a pena foi devidamente cominada pelo legislador), mas o preceito primário precisa de complementação. É por esse motivo que a norma penal em branco é também chamada de "incompleta", "imperfeita", "cega" ou "aberta".

Essa norma penal em branco pode ser homogênea ou heterogênea. Homogênea é aquela em que o complemento tem a mesma natureza jurídica da norma penal complementada. Em outros termos, a lei penal é complementada por outra lei. Na norma penal em branco heterogênea, por sua vez, o complemento tem natureza jurídica diversa da norma penal complementada, sendo um ato administrativo. Por isso, as normas da Lei de Drogas são penais em branco heterogêneas: o complemento está em um ato administrativo, qual seja, a Portaria nº 344 da ANVISA.