



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito
Coordenação de Monografia e Pesquisa

PEDRO HENRIQUE DE CASTRO FIQUENE

**ASPECTOS JURÍDICOS DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO
PESSOAL: Descriminalização ou Despenalização da conduta? O
Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006.**

**BRASÍLIA
2011**

PEDRO HENRIQUE DE CASTRO FIQUENE

**ASPECTOS JURÍDICOS DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO
PESSOAL: Descriminalização ou Despenalização da conduta? O
Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006.**

Monografia do curso de graduação em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
UNICEUB.
Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos.

**BRASÍLIA
2011**

Dedico este trabalho ao meu pai, Paulo Roberto Barbosa Ferreira, e à minha mãe, Marluce Araújo de Castro, que sempre me apoiaram e incentivaram, dando-me todo o suporte necessário para que eu chegasse a tão esperada conclusão da minha jornada acadêmica.

Agradeço a Deus por ter tornado esse momento possível, enchendo-me de bênçãos todos os meus dias. Aos meus pais, fundamentais tanto na formação da minha vida acadêmica, quanto como pessoa. Muito obrigado pelos momentos de paciência, carinho, apoio e colaboração. Aos professores do Ceub, de modo especial o Promotor de Justiça José Theodoro Corrêa de Carvalho, que me fez abrir os olhos ao problema dos usuários de drogas, e ao Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos, meu orientador, que muito colaborou e foi essencial na elaboração desta monografia. Ao advogado André Henrique Lehenbauer Thomé, colega de trabalho que, não só contribuiu em muito para o meu aprendizado no direito, como também ajudou na conclusão do presente trabalho. Por fim, aos meus inesquecíveis amigos que estiveram juntos comigo durante esta longa jornada acadêmica. A todos vocês, o meu mais sincero obrigado!

RESUMO

A presente monografia tem por finalidade analisar o Art. 28 da nova Lei de Drogas (11.343/2006), no qual, ao retirar a aplicação da pena privativa de liberdade aos usuários de drogas e implementar outras medidas mais benéficas, acabou por instaurar um interessante debate doutrinário acerca da despenalização ou descriminalização da conduta. Desta feita, serão apresentadas os argumentos de cada corrente doutrinária e a posição do STF a respeito de tão polêmica questão, por intermédio do Recurso Extraordinário 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, sem se olvidar, todavia, de se adentrar no mérito se o legislador agiu acertadamente ao prever tal medida.

PALAVRAS-CHAVE: Entorpecentes. Porte para consumo próprio. Descriminalização. Despenalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEIS DE DROGAS NO BRASIL 6	
1.1. Conceito de drogas e seus efeitos	6
1.2. Evolução Histórica.....	11
2. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO	18
2.1. As políticas criminais de drogas ao redor do mundo	18
2.1.1. Modelo Norte americano	20
2.1.2. Política da redução de danos	22
2.1.3. Justiça terapêutica	26
2.1.4. Medidas alternativas	28
2.2. A política criminal adotada pelo Brasil	35
3. O TRATAMENTO DADO AOS USUÁRIOS DE DROGAS, À LUZ DA NOVA LEI 11.343/2006.....	40
3.1. Art. 28 da Lei nº. 11.343/2006: Despenalização ou descriminalização do usuário?	40
3.1.1. Da descriminalização da conduta	42
3.1.2. Da despenalização da conduta	46
3.1.3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	53
3.2. Da natureza jurídica da sanção imposta ao usuário de drogas	56
3.3. Art. 290, CPM: antítese jurídica do Art. 28 da Lei Antidrogas.....	58
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa busca analisar a Lei nº. 11.343, de 23 de Agosto de 2006 – a chamada nova Lei Antidrogas – que, por meio do seu artigo 75, revogou a antiga legislação que tratavam do tema, quais sejam: Lei nº 6.368/1976, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409/2002, de 11 de janeiro de 2002.

Dentre as diversas novidades e aspectos polêmicos que envolvem a nova norma, destaca-se o artigo 28, que diz respeito à conduta do porte de drogas para o consumo pessoal. Nele, o legislador viu por bem retirar a pena privativa de liberdade (detenção e reclusão) para o usuário, antes prevista no Art. 16 da Lei nº. 6.368/1976, e estabelecer novas sanções ao agente.

Deste modo, há um significativo debate na doutrina acerca da ocorrência de despenalização ou de descriminalização de tal conduta. Inquestionavelmente, o polêmico tema suscita questões sociais, morais, econômica, jurídicas, médicas e sanitárias e deve, portanto, ser debatido.

Assim sendo, por meio da análise não só da doutrina, mas também da jurisprudência de nossos tribunais, em especial o posicionamento do Pretório Excelso sobre a questão, buscar-se-á, da maneira mais abrangente possível, esclarecer os pontos controversos que culminaram com a edição deste comando legal, visando avaliar exaustivamente toda a polêmica que envolva a matéria, de tal modo que fique bem delimitada a natureza da política criminal adotada pelo legislador brasileiro no que tange à inovação na Lei de Drogas.

A pesquisa será dividida em 3 capítulos, abordando-se, primeiramente sobre o conceitos das drogas e seus efeitos nos organismos das pessoas, bem como a evolução histórica da Lei de Drogas no Brasil, de modo que se possa conhecer como se chegou à atual Legislação Antidrogas.

No terceiro capítulo, dada a grande importância de reflexão sobre o tema, em razão do impacto direto na vida e convivência da sociedade, e consequente

relevância do tema no universo do direito, serão debatidas as políticas criminais adotadas no Brasil e no mundo.

Esclarecidas as questões preliminares essenciais para a perfeita compreensão da matéria, no quarto capítulo adentrar-se-á no mérito da questão do tratamento dado aos usuários por meio da Lei 11.343/2006, especialmente no que tange a despenalização/descriminalização da conduta e sua respectiva natureza jurídica, fazendo, ainda um comparativo com o Art. 290 do Código Penal Militar, que também dispõe sobre a matéria, entretanto no âmbito militar.

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEIS DE DROGAS NO BRASIL

Antes de se dar início à questão a qual se funda o presente projeto de monografia, qual seja, a descriminalização ou despenalização do usuário de drogas na legislação brasileira, é de suma importância apresentar os conceitos que a doutrina apresenta sobre o verbete “drogas” e suas conseqüências nos organismos das pessoas. Em seguida, será abordado um breve histórico de como e quais foram as transformações da legislação brasileira no que se refere à política de drogas até se chegar na atual, ora em debate.

1.1. Conceito de drogas e seus efeitos

De origem controversa, a palavra droga pode ter origem do *persa droa* (odor aromático), do hebraico *rakab* (perfume) ou do holandês antigo *droog* (folha seca, porque antigamente quase todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais).¹

Maria Silvia Có Freitas, citada por Damásio de Jesus, define droga como:

Qualquer substância natural ou sintética, que ao entrar em contato com o organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções; é uma substância química que tem a ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não.²

A lei 11.343/2006, em seu Art. 1º, parágrafo único, traz o conceito de drogas, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

¹ BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira*. [on line]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 9 set. 2011.

² _____. Apud JESUS, Damásio E., *Direito Penal, Parte Geral, vol. I*. Editora Saraiva, 2002, p. 52.

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. (grifou-se)³

No comando legal em análise, dois pontos merecem destaque, a saber:

a) Em comparação com as legislações anteriores que tratavam do assunto – Leis nº 6.368/76 e 10.409/2002 –, a terminologia adotada na lei nova foi alterada: antes utilizava-se o vocábulo “substâncias entorpecentes” (Art. 2º), enquanto que atualmente, “drogas”;

Tal nomenclatura é, contudo, objeto de críticas por parte da doutrina. Segundo Sídio Rosa:

Sinceramente, prefiro a expressão da lei revogada, haja vista que a droga é produto manipulado, quando a política pública se volta contra toda substância entorpecente, ainda que não seja resultante de algum preparo do homem. A maconha, por exemplo, não conta com qualquer produto químico ou elaboração em laboratório, prestando-se ao consumo na sua forma in natura. Na verdade, melhor é a dominação empregada pelo Decreto nº 79.388, de 14.3.1997, em decorrência da que foi utilizada na Convenção de Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, a 21.2.1971.⁴

E completa o raciocínio:

Psicotrópico é toda substância que exerce poder sobre o psiquismo da pessoa humana, inibindo-o ou estimulando-o. Destarte, tal palavra se apresenta como melhor, visto que não exige a manipulação ou preparo.⁵

b) Analisando-se a parte final do dispositivo, depreende-se que trata-se de uma norma penal em branco, ou seja, depende da complementação de outra norma, pois, por si só, não é capaz de produzir os efeitos desejados.

³ BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 02 abr. 2011.

⁴ MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

⁵ Ibid.

Sobre a norma penal em branco, o renomado doutrinador Rogério Greco assim leciona:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso quer dizer que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de ou outro diploma – leis, decretos, regulamentos, etc. – para que possam, efetivamente ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, seria impossível a sua aplicação.⁶

Ou seja, para que uma substância ou produto seja classificado como droga, não basta que cause apenas dependência, sendo necessário, ainda, que, para produção dos efeitos desejados, esteja em Lei ou lista elaborada pelo Poder Executivo da União. *In casu*, a norma que complementa o Art. 1º da Lei Antidrogas é a Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA de nº SVS/MS 344/98, de 12 de maio de 1998, órgão este que é uma autarquia sob regime especial, vinculado ao Ministério da Saúde.

Essa é a explicação, por exemplo, do fato de tanto o cigarro quanto a bebida alcoólica não terem o seu consumo proibido no Brasil, pois, muito embora causem dependência aos seus usuários e, por vezes, consequências mais danosas à saúde, as substâncias que os compõem não são tidas como entorpecentes, para fins de aplicação do Art. 28 da Lei.

Sobre tal questão, Luiz Flávio Gomes assim entende:

Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (Art. 28).⁷

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial / volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 5 ed.* – Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 70.

⁷ GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 2.ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

É cediço que as drogas, independente de seu tipo, trazem gravosas consequências, não só psíquicas e físicas, ao seus usuários, mas também trazem dependência física e psicológica, podendo levá-los, inclusive, à morte, caso o seu consumo seja exagerado. É o que se chama de overdose.

De acordo com os exames médico-periciais, podemos concluir que ocorrem danos cerebrais e circulatórios provocado pelo uso excessivo de drogas pelos dependentes químicos. Os danos cerebrais podem se dar em decorrência da interação das drogas com os neurotransmissores ou com a própria lesão do neurônio causado pelo uso de drogas. Quanto ao circulatório, as lesões ocorrem nos vasos, nas artérias, nas veias ou por meio do hipofluxo cerebral. Observa-se que esse fenômeno ocorre pela diminuição do sangue na região cerebral. Exames de cunho funcional e de imagem, subsidiados pelos tradicionais exames consagrados pela Medicina Forense, ajudam o perito no diagnóstico quanto às alterações morfológicas e funcionais provocadas no cérebro pelo uso de entorpecentes, em virtude disso, vai contribuir para uma análise mais apurada e conseqüentemente para uma maior apuração quanto à inimizabilidade penal.⁸

Entretanto, deve-se destacar também os graves efeitos que elas trazem à sociedade, tais como aumento da criminalidade, desestruturação familiar, gastos públicos no combate ao tráfico e no tratamento de usuários, dentre outros possíveis.

Sobre a questão, o Claudinei José Batista assim versa:

A influência das drogas ilícitas permeia todas as circunstâncias sociais e criminais da sociedade mundial. É um problema grave, que incontestavelmente afeta toda a sociedade, movimenta recursos financeiros vultosos, causa danos sociais explícitos e não apresenta perspectiva de solução no curto prazo.⁹

⁸ CRUZ, Ana. *As Conseqüências das Drogas*. TÍTULO ORIGINAL: *Por Que Falar De Drogas?* Publicado no Recanto das Letras, em 31/10/2008 [on line]. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/discursos/1257376>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

⁹ BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal* [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

A dimensão de tal problema atinge proporções mundiais, ou seja, não só o Brasil, mas também vários países ao redor do mundo, sofrem com os graves problemas sociais acarretados pelas drogas. O autor Peter H. Smith, ao tratar sobre os custos decorrentes do comércio de drogas nos Estados Unidos, México e outros países da América Latina, traz uma situação bastante alarmante, senão vejamos:

Las drogas ilícitas plantean problemas políticos intratables. El abuso, adicción y tráfico han causado costos enormes a los Estados Unidos. Se ha calculado que a finales de los ochenta, las ventas anuales de drogas en los Estados Unidos superaban los 110 mil millones de dólares: más del doble de las ganancias sumadas de las 500 compañías de Fortune. La sangría económica por el abuso de drogas y los accidentes ocasionados por ellas se aproxima a los 60 mil millones de dólares anuales. Cerca de 200.000 niños nacen cada año de madres toxicómanas; casi la mitad de estos niños son “bebés del crack”. Mientras tanto, el costo de aplicación de la ley aumenta continuamente, junto con la violencia en las grandes ciudades de los Estados Unidos: especialmente en Washington, D. C., pero también en Miami, Nueva York, Chicago y Los Angeles.

En América Latina, especialmente en los países productores, los costos son igualmente altos. La concentración de recursos económicos y paramilitares en manos de “cárteles” de traficantes ha presentado un gran desafío a la autoridad gubernamental. Los intereses de los traficantes de drogas han tratado de sovarcar las instituciones políticas por medio de sobornos, desafíos, intimidación y, en ocasiones, alianzas con movimientos armados guerrilleros. En particular, Colombia ha experimentado los Dolores del “narcoterrorismo”, abierta guerra emprendida por el cartel de la cocaína de Medellín contra las instituciones políticas. Esta sangrienta confrontación, declarada em agosto de 1989, había causado por lo menos 550 muertes a finales de 1990; después de una serie de intrincadas negociaciones (sumamente controvertidas), el ritmo de los asesinatos por fin se redujo durante 1991.¹⁰

Em que pese tal estudo ter ocorrido no final da década de 80 e início dos anos 90, tal problema é, ainda, bastante atual, alcançando cifras ainda maiores, razão pela qual deve-se dispensar uma atenção especial ao caso ora em análise, a fim de evitar que a situação chegue a um ponto onde não se tem mais volta.

Desta feita, há uma importância do operador do direito em analisar os objetivos, efeitos jurídicos e delimitação do alcance prático da nova legislação Antidrogas, colaborando, assim, “*com o desenvolvimento de toda uma política de amenização de efeitos negativos, diretos e indiretos, que as condutas delitivas*

¹⁰ SMITH, Peter H. *El combate a las drogas en América - Peter H. Smith (compilador) - Prólogo de Hugo B. Margáin*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 37.

relacionadas às drogas acarretam”¹¹. Concomitantemente a isso, é primordial que a construção de instrumentos legais esteja pautada pelas garantias fundamentais.

Pelo exposto, fixando-se o entendimento de que só serão consideradas drogas aquelas substâncias que estão proibidas por força da Lei, sendo um rol, pois, taxativo, e dos efeitos causados não só ao usuário, mas também à sociedade em geral, devendo, portanto, ser objeto de análise e estudo por parte do operador do direito ao elaborar e aplicar a norma, torna-se possível passar para o próximo ponto a ser debatido no presente projeto de monografia: a política criminal de drogas no Brasil e no mundo.

1.2. Evolução Histórica

Primeiramente, é de se destacar que o uso de drogas advém desde os primórdios da humanidade. Ou seja, o homem conhece, desde a antiguidade, os efeitos negativos e positivos de tais substâncias que podem tanto salvar, quanto destruir vidas. Segundo Tadeu Lemos:

Há indícios de que o homem usa esse tipo de substância há mais de dez mil anos antes de Cristo (período neolítico), provavelmente como uma forma de vivenciar experiências místicas ou curar seus males. Por muitos séculos as drogas mais usadas pelo homem foram o ópio, a cannabis e o álcool, sempre associadas a suas possíveis propriedades terapêuticas ou em rituais místicos, como uma forma de aproximação com os deuses. Porém, com o passar dos anos, o uso passou a adquirir um caráter recreativo e abusivo.¹²

Ricardo Ubaldo Moreira e Moraes relata que:

A utilização de drogas pelo ser humano já ocorria desde as civilizações antigas, como os egípcios e os maias, inclusive os índios brasileiros, que já possuíam técnicas para fabricação rudimentar de substâncias calmantes,

¹¹ BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal* [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

¹² LEMOS, Tadeu. *Ações e Efeitos das Drogas de Abuso. In: Prevenção ao uso indevido de drogas/ Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos. – Curitiba: SEED – Pr., 2008. p. 152 – (Cadernos temáticos dos desafios educacionais contemporâneos, 3).*

alucinógenas ou curativas, retiradas, basicamente, de frutos, cascas de árvores e fluidos de animais.¹³

Entretanto, somente no final do século XIX é que se tem um primeiro registro de discussão sobre as drogas na humanidade. Segundo Moraes:

No cenário internacional, deve ser ressaltado que o primeiro registro de discussão sobre o tema teve, na realidade, conotações políticas. No final do século XIX, a China despontava como grande produtora de ópio, causando temor na Inglaterra, a grande potência econômica da época. Os ingleses, para evitar o crescimento econômico da China, instituíram diversas medidas sancionatórias à produção e comércio do ópio, como os Tratados de Nanquin e Tientsin, aproveitando-se da chamada Guerra do Ópio, iniciada pelo próprio governo chinês¹⁴

No Brasil, contudo, a questão foi pela primeira vez abordada pelo Código Penal Republicano de 1890 que, muito embora punisse quem colocasse à venda ou ministrasse as “substâncias venenosas” – nomenclatura dada às drogas na época –, nada dispôs sobre os seus usuários.

Entretanto, ainda era adotada uma concepção do modelo sanitário, e o uso de drogas invadia todos os tipos de classes e podiam ser encontradas com facilidade nas prateleiras das farmácias¹⁵.

A Primeira Convenção Internacional do Ópio, ocorrida em 23 de janeiro de 1912, e que culminou na assinatura do Convênio da Haia, foi um marco histórico no controle internacional de drogas, regulando acerca da produção e a comercialização da morfina, heroína e cocaína.

Em 1932, porém, por intermédio do Decreto 20.930, de 11 de junho do referido ano, passou a criminalizar a posse ilícita das drogas e punir quem violasse os regulamentos sanitários.

¹³ MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006.* [on line]. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->. Acesso em: 2 set. 2011.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, 1997, p. 133.

Pouco tempo depois, o Decreto n°. 2.994, de 17 de Agosto de 1938, “promulga a Convenção para a repressão do trafico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do trafico ilícito das drogas nocivas”.

A Convenção de Genebra a qual o aludido Decreto faz referência, e que cujo seu inteiro teor estava anexo a este, previa, em seu Art. 2º, que:

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, contrarias 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.¹⁶

Destarte, ainda no ano de 1938, o Brasil promulgou em 25 de novembro o Decreto-Lei 891, no qual, além de aprovar a lei de fiscalização de entorpecentes, estabeleceu, em seu Art. 27, que a toxicomania foi tida como doença compulsória, passível de internação que, dependendo do caso poderia, ser obrigatória ou compulsiva:

Art. 27 - A toxicomania ou a intoxicação habitual, por substâncias entorpecentes, é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado, à autoridade sanitária local.¹⁷

¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei 891, de 25 de Novembro de 1938. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 set. 2011.

¹⁷ BRASIL. Decreto n°. 2.994, de 17 de Agosto de 1938. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/legis/decreto_lei/891_38.htm>. Acesso em: 02 set. 2011.

Contudo, no meio período que houve até a entrada em vigência do Código Penal Brasileiro em 1942 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro), novos decretos foram editados. Segundo Ubaldo:

Em 1941 foi promulgado novo Decreto-lei, de nº. 3.114 (alterado em 1946 pelo Decreto-lei nº. 4.647), que criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes e prevendo sua composição (art. 1º); sujeitando o trânsito de substâncias entorpecentes à licença concedida por esta Comissão (art. 2º) e alterando alguns dispositivos do Decreto-lei nº. 891/38 (arts. 3º e 4º). Em 1942 foi editado o Decreto-lei nº. 4.720 que fixou normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes, e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos.¹⁸

O Código Penal Brasileiro, ainda em vigor, trazia à época, em seu Art. 281, a diferenciação entre as condutas de tráfico e consumo, tal qual como ocorria Decreto de 20.930, de 1932. Entretanto, tal dispositivo veio a ser modificado posteriormente pelo Decreto (385/68), onde houve a equiparação do usuário ao traficante, sendo assim ambos penalizados de formas idênticas.

Porém, somente a partir na década de 70, instituía-se um sistema proibicionista coroado pela política criminal antidrogas brasileira, advogando que para uma dada harmonização da sociedade seria necessária uma lei penal opressora, alcançando, assim, o controle social desejado.¹⁹

Após esta sequência de leis e decretos, alcançou-se a lei 5.726/71, que veio a modificar o Código Penal vigente, quanto ao seu artigo 281 e respectivos parágrafo nos mesmos moldes do decreto 385/68, determinando um sistema penal próprio, de rito sumário, e que seria apenas subsidiado pelo Código de Processo Penal.²⁰

¹⁸ MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006.* [on line]. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->. Acesso em: 2 set. 2011.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização.* 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 25

²⁰ BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira.* [on line]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 9 set. 2011.

No ano de 1976, então, foi editada a Lei nº 6.368, onde criminalizava o porte de drogas, sem diferenciar, ainda, o usuário do traficante. Em seus Arts. 1º a 11 apresentava as regras de prevenção, tratamento e recuperação (Capítulos I e II), enquanto que nos Arts. 12 a 19 dispunha sobre os crimes e penas (Capítulo III) e, por fim, nos Arts. 20 a 35, estabelecia os procedimentos criminais a serem adotados para as aludidas infrações (Capítulo IV), acompanhado, em seguida, das disposições gerais (Capítulo V).

O Art. 16 da referida Legislação, por exemplo, impunha ao usuário a pena de detenção de 6 meses a 2 anos, sem prejuízo do pagamento de multa no valor de 20 a 50 dias-multa, *in verbis*:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.²¹

Sobre a Lei 6.368/76, Ricardo Rodrigues Gama entende que:

Foi um progresso, sendo atestada pelo longo tempo de vigência. Desta forma, ressalta, ainda que tal norma conseguisse atingir o objetivo de sua época ao iniciar a política de prevenção e repressão das práticas de tráfico e uso de drogas.²²

Contudo, este não é o mesmo entendimento de Bonjardim e Maciel. Segundo as autoras:

Destarte, a nova lei detinha-se da mesma forma que a anterior à detenção, à prevenção e à punição ao uso de drogas. A diferença mais gritante entre a nova lei e a anterior seria em respeito aos crimes e as penas, disciplinados agora no capítulo III da lei 6368/76. Enquanto a lei antiga penalizava da mesma forma tanto o tráfico quanto o consumo, a nova lei agravou a pena para o traficante e abrandou a mesma em relação ao usuário. Porém continua tão repressiva e tão confusa quanto a anterior, não contendo em seus dispositivos uma definição razoável do que a vem a ser traficante, ou seja, como diferenciar o usuário do traficante? Em que circunstâncias esta lei não dará margens às injustiças sociais que são cometidas reiteradamente em nosso país, condenando pessoas de bens, cujo único erro é o consumo de drogas. Esta lei já nasce com o peso de substituir

²¹ BRASIL. Lei nº. 6.368, de 21 de Outubro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 10 set. 2010

²² GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova Lei sobre drogas. Lei nº 11.343/06 Comentada*. Campinas: Russel Editores, 2006, p. 26.

então uma lei inexecutável pelas suas proposições; nasce sem muita discussão legislativa em virtude do seu caráter de urgência; nasce sem preocupação com a problemática social; nasce propondo-se a tentar resolver o problema das drogas, sem proporcionar meios de fazê-lo.²³

Com a edição da Lei 9.099, de 26 de setembro de 2005, no qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previu-se a possibilidade de imposição de penas alternativas àqueles crimes cuja pena máxima não ultrapassasse o limite de 2 anos. Dessa forma, preenchido tal requisito, tornou-se possível aos usuários utilizarem-se de tais benefícios, podendo transacionar com o Ministério Público, desde que o réu não fosse reincidente dentro do período de 5 anos.

Em 2002, com a promulgação da Lei nº 10.409, em 11 de janeiro, buscou-se substituir a anterior sobre o tema – Lei nº 6.368/76, contudo sem lograr êxito. Isso porque a nova lei, face a presença de diversos conflitos e contradições, foi alvo de vários vetos por parte do Congresso Nacional, evitando-se assim a progressão de novas perspectivas sociais.

À título exemplificativo, todo o Capítulo III – Dos Crimes e das Penas – que englobava os artigos 14 ao 26 – fora vetado, sob o argumento da existência de vício de inconstitucionalidade do Art. 21 (afronta ao Art. 5, incisos XXXIX, XLVI, XLVII, alínea “b”, CF), tendo em vista que deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas, contaminando, também, os Arts. 19 e 20 da referida lei. Ademais, ainda nas razões do veto, no que se refere ao Art. 14, a inclusão dos verbos “financiar” e “traficar ilícitamente” contém o risco, ainda que remoto, de provocar profunda instabilidade no ordenamento jurídico.

Desta feita, não tendo sido alcançado o seu objetivo, a lei vigorava em sua parte que não fora vetada – referente ao procedimento investigatório e processual (Capítulos IV e V) – juntamente com a antiga legislação – em sua parte material. Diante desse impasse, sobreveio a necessidade de se criar uma única lei

²³ BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira*. [on line]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 9 set. 2011.

que tratasse sobre o assunto, o que culminou com a edição da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que, em seu Art. 75, revogou as normas anteriores.

A nova legislação, indubitavelmente, tem uma tendência prevencionista e busca a reinserção do usuário, punindo severamente o tráfico de drogas. Segundo Luiz Flavio Gomes:

A partir da nova legislação criou-se o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, onde sua tarefa é articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira concernente à prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.²⁴

Na referida norma, em seu Art. 28, o legislador viu por bem retirar a pena de prisão prevista anteriormente, e punir o usuário com medidas distintas da preventiva de liberdade, tais como tratamentos ou advertência sobre os efeitos da droga. Em razão disso, levantou-se na doutrina uma discussão acerca da despenalização ou descriminalização da conduta, matéria esta, que será debatida no presente projeto.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 7.

2. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO

Indubitavelmente, é de suma importância a análise da questão apresentada, tendo em vista que se trata de um assunto de ordem pública, carecendo de especial atenção não só dos legisladores e juízes no exercício da atividade jurisdicional, mas também da população como um todo. Isso porque o consumo de drogas tem crescido a passos largos na sociedade brasileira, devendo tal conduta ser reprimida de maneira eficaz pelo Estado.

Portanto, não só as implantações de políticas preventivas tornam-se necessárias, mas também as repressivas, por meio da criação de métodos que ressocializem o usuário perante à comunidade, evitando, assim, sua marginalização na sociedade, o que pode trazer gravosas e conhecidas consequências, como por exemplo, o crime e outras anteriormente tratadas.

Passa-se a analisar, então, os tipos de política criminal adotados em outros países, em especial os Estados Unidos e alguns europeus, fazendo-se, ainda, ao final, uma comparação com a política adotada pelo Brasil, de modo a se verificar se o nosso país seguiu a tendência mundial.

2.1. As políticas criminais de drogas ao redor do mundo

Antes de se adentrar ao tema, é de suma importância trazer à baila o conceito de política criminal. Acerca de tal termo, Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista trazem os seguintes conceitos:

A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.²⁵

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema

²⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 – (RT Didáticos). p. 132.

penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.²⁶

O autor Claudinei José Batista aduz que a política criminal trabalha com duas vertentes, quais sejam: uma de caráter prático e outra de caráter teórico/crítico. A primeira diz respeito à definição e programação da proteção dos bens jurídicos considerados relevantes, enquanto que a segunda, trata do aprimoramento dos mecanismos de proteção, servindo de orientação a doutrinadores, executores e legisladores, com vistas a prevenir, reprimir e aplicar sanções às diversas modalidades de criminalidade.

Não obstante, trata ainda a questão da humanização da execução penal, que consiste na idéia de ressocializar o condenado através de determinadas medidas/pressupostos essenciais, ou seja, nas palavras de Batista:

Deve-se procurar aplicar a melhor forma, prática e teórica, de reeducação com a finalidade e facilitar sua reinserção na sociedade. Os pressupostos básicos para o processo são: humanização das prisões, progressão penal promovendo maior contato com o mundo real, profissionalização e integração com a comunidade e busca de medidas alternativas à prisão.²⁷

Ainda sobre política criminal, o jurista Luiz Flávio Gomes relata que há quatro tendências possíveis que dizem respeito à questão do tráfico e, conseqüentemente, do uso de drogas, senão vejamos:

a) modelo norte-americano: prega a abstinência e a tolerância zero. De acordo com a visão norte-americana, as drogas constituem um problema policial e particularmente militar; para resolver o assunto, adota-se o encarceramento massivo dos envolvidos com drogas; "diga não às drogas" é;

b) modelo liberal radical (liberalização total): a famosa revista inglesa "The Economist", com base nos clássicos pensamentos de Stuart Mill, vem enfatizando a necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário; salienta que a questão da droga provoca distintas conseqüências entre ricos e pobres, realçando que só pobres vão para a cadeia;

²⁶ BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 34.

²⁷ BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal*. [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

c) Justiça terapêutica: propugna pela disseminação do tratamento como reação adequada para o usuário ou usuário dependente. “É patente a confusão que faz entre o usuário e o dependente”;

d) modelo da "redução de danos" (sistema europeu): em oposição à política norte-americana, na Europa adota-se uma outra estratégia, que não se coaduna com a abstinência ou mesmo com a tolerância zero.²⁸

Nos subtópicos a seguir, buscar-se-á aprofundar em cada um desses modelos, ainda que sucintamente, de modo que fique bastante claro os argumentos defendidos por cada um deles.

2.1.1. Modelo Norte americano

O modelo norte-americano adota uma política repressiva, pautada no forte proibicionismo em relação às drogas. Ao longo dos anos, os Estados Unidos elaborou leis cada vez mais rígidas, prevendo severas penas aos usuários e traficantes de drogas.

Para se ter uma idéia, no ano de 1956 a proibição chegou ao ápice, com a introdução da pena de morte pelo governo federal, aplicável em tese a qualquer pessoa acima de dezoito anos que fornecesse heroína a um menor de idade (embora aparentemente ninguém tenha sido executado com base nesse estatuto). Como se não bastasse, as “sentenças mandatórias mínimas” no caso de drogas (*mandatory minimum sentences*) foram estendidas para dez anos.²⁹ No ano de 1988, com a *Anti-drugs Abuse Act*, os traficantes seriam punidos com a pena de morte.

A opção pelo modelo proibicionista nos EUA foi positivada com a edição da primeira legislação ocidental que punia o uso e a venda de psicoativos, o *Harrison Act* de 1914, e também pela implementação da política da “Lei Seca”, entre 1919-1933, considerando ilícito o consumo e a venda de álcool no país.³⁰

²⁸ GOMES, L. F. *Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1141, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8790>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

²⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 52.

³⁰ *Ibid.* p. 50.

Entretanto, historicamente, após a edição de vários decretos e leis com fundo proibicionista, tal modelo foi marcado pelo fracasso em relação à efetiva redução do consumo de drogas. Pelo contrário, no decorrer dos anos houve um substancial aumento com relação ao seu consumo, através da transferência da comercialização da venda de entorpecentes para o mercado ilícito, sendo que tal estatística só tende a crescer com este tipo de política.

Segundo Boiteux:

Tais medidas até hoje não surtiram efeito; pelo contrário, pois se detectou o constante aumento da demanda e da oferta por drogas. Foram então investidos milhões de dólares pelos EUA em repressão, fumigação de cultivos nos países produtores, compra de armamentos, fortalecimento das polícias, construção de penitenciárias e operações internacionais na América do Sul, em especial na Colômbia, com o reforço da atividade militar no combate às drogas.³¹

Contudo, mesmo diante de sua inefetividade, o modelo norte-americano, também conhecido como “*war on drugs*”, influenciou a política criminal de alguns países, dentre eles o Brasil, e tentou, ainda, elaborar um modelo internacional único, com a Convenção da ONU de 1961 sobre entorpecentes.

Ainda hoje, a repressão aos entorpecentes integra a política exterior dos EUA, que são o maior mercado consumidor de drogas no mundo, e impõem aos países produtores meta de redução e erradicação das culturas proibidas. Para isso, não poupa esforços nem dinheiro, e ameaça com cortes de ajuda militar e econômica aos países em desenvolvimento que não se amoldem à sua política de drogas.³²

Atualmente, toda a codificação sobre drogas nos Estados Unidos, crimes e sanções, encontra-se no título 21 – “*Food and Drugs*” – do United States Code (US Code), dotando, inclusive, certa semelhança com a lei brasileira.

³¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 55.

³² Ibid. p. 56.

Na referida legislação, a posse de drogas é considerada crime e está prevista no Art. 844-a – *Unlawful acts; penalties* –, cujas penas dependerão de fatores como tipo de droga consumida, quantidade apreendida, reincidência do usuário, consistindo desde multa administrativa com valores que podem chegar até US\$ 10 mil (aplicável por o máximo duas vezes) até a pena de reclusão de vinte anos, aplicável ao usuário de crack.

Diante da conduta de se prever penas de prisão aos usuários, sendo os Estados Unidos, junto com a Rússia, os maiores encarceradores do planetam com mais de dois milhões de presos, Boiteux conclui então que “trata-se de uma política contraditória, que não vem colhendo vitórias, não obstante continue ser seguida na esfera internacional, tendo em vista a importância geopolítica dos Estados Unidos como potência no mundo atual”³³.

Ainda a mesma autora:

O objetivo visado pelo legislador americano de dissuadir os delinqüentes por meio das duras penas previstas em lei, no entanto, não vem sendo alcançado, diante dos números divulgados pelo último relatório mundial de drogas editado pela ONU, que demonstra que não foi reduzida a oferta ou a demanda por drogas, apesar do enorme número de presos.³⁴

Contudo, diante do evidente fracasso no que se refere às políticas proibicionistas, encabeçadas, como visto anteriormente, pelo modelo norte-americano, passou-se a refletir-se sobre a questão das drogas, especialmente no que tange à prevenção e da epidemiologia.

2.1.2. Política da redução de danos

Diante de tal cenário, surge então, no final de década de 80, a chamada “política de redução de danos”, que visa basicamente reduzir os danos à saúde em consequência de práticas de risco provenientes do uso de drogas, sendo, portanto, uma estratégia de saúde pública.

³³ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 56-57.

³⁴ Ibid. p. 62.

Destarte, trata-se de uma política direcionada àquelas pessoas que já tiveram um primeiro contato com a droga, onde a política preventiva, a primeira a ser adotada para se evitar os problemas decorrentes de seu uso, através da divulgação de informações, esclarecimentos, palestras e campanhas, veio a falhar, não tornando-se mais efetiva a essa pessoa.

Segundo a autora Elisângela Melo Reghelin:

O modelo ou estratégia preventiva de redução de danos é uma tentativa de minimização das consequências adversas do consumo de drogas, do ponto de vista da saúde e de seus aspectos sociais e econômicos sem, necessariamente, reduzir esse consumo.³⁵

Ou seja, segundo tal teoria não se exige necessariamente a imediata cessação total do uso das drogas, mas sim a sua redução até que se chegue ao desejável momento de abstinência, a médio-longo prazo, havendo, portanto, um controle médico-sanitário sobre as drogas.

Desta forma, há um ideal contrário àquele preconizado pelo proibicionismo, buscando-se sempre a reinserção social do usuário de drogas e a melhoria das suas condições de vida. Contudo, nada impede que tal política seja adotada em conjunto com o proibicionismo, desde que, segundo Boiteux, “assuma uma modalidade menos radical, e admita uma maior interferência médico-social na problemática da droga³⁶”.

³⁵ REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 69.

³⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 69.

São algumas medidas adotadas pela política de redução de danos das drogas:

- i) educação e informação sobre os riscos aos usuários;
- ii) distribuição de seringas;
- iii) acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário;
- iv) criação de narco-salas, ou locais de consumo permitido;
- v) implementação de programas de substituição;
- vi) prescrição de heroína a viciados;
- vii) programas de reinserção social e de melhoria da qualidade de vida dos viciados.³⁷

Dentre tais estratégias que visam a reinserção/redução de danos ao usuário, sem dúvidas, as mais polêmicas e, conseqüentemente, mais difíceis de ser aceitas, em um primeiro momento, pela sociedade, é a criação de narco-salas, substituição das drogas e a prescrição de heroína a viciados.

As “narco-salas” são “locais onde os usuários podem fazer uso de entorpecentes (especialmente heroína), de forma limpa e segura, sem o risco de repressão policial, e ainda obter informações para se conscientizarem dos riscos do uso, evitar overdoses e a contaminação”³⁸. Muito embora não exista registros no Brasil, as narco-salas são uma realidade em alguns países da Europa, tais como Suíça, Alemanha, Holanda e Espanha, bem como, mais recente, na Austrália e Canadá.

A substituição, segundo Boiteux:

É uma forma de tratamento médico para dependentes de opiáceos (em especial de heroína) baseada na utilização de substância semelhante ou idêntica à droga normalmente consumida como forma de reduzir os riscos desse consumo e facilitar o processo de desintoxicação. Pode ter duas formas: i) manutenção, em que se fornece ao paciente uma quantidade suficiente para reduzir comportamentos de risco e danos relacionados com o consumo; ii) desintoxicação, em que a quantidade de droga é reduzida gradualmente até ser atingido o consumo zero.³⁹

³⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 70.

³⁸ Ibid. p. 71.

³⁹ Ibid. p. 72.

Já a prescrição de heroína, adotada pela Suíça, como o próprio nome já diz, o médico acaba por prescrever tal droga ao viciado, com vistas a evitar a aumentar a sua auto-estima e conseqüente melhoria das condições de vida, por meio de um atendimento médico adequado e com riscos calculados, bem como inibir a aquisição de tal droga no mercado ilícito, evitando-se, por exemplo, outros crimes que possam advir de tal conduta. Esta medida, contudo, carece de maiores cuidados. Segundo o autor Marcos Baptista:

Esse aspecto parece um dos mais sensíveis a serem desenvolvidos com a acuidade clínica pelas estratégias de redução de danos. Se não atentarmos a isso, estaremos reduzindo os danos, é verdade, entretanto mantendo o toxicômano toxicômano⁴⁰

O importante, em verdade, é que a doutrina da redução de danos vem demonstrando ótimos resultados, principalmente nos países da Europa, onde, com exceção da Suécia, por ser berço de tal política, já vem adotando desde o século passado. Resultado disso é que houve uma manutenção estável do número de usuários de droga entre os jovens, redução da marginalização dos viciados, bem como a proteção do bem estar físico e mental de tais pessoas em tais países.

Corroborando com tal conclusão, Caballero considera que, tanto sob o plano sanitário, como no social, essa política é largamente preferível ao modelo da proibição-repressão, diante das evidências de os programas de redução de danos terem levado à redução dos riscos em geral, e especificamente mostraram-se eficazes na redução da contaminação do vírus da AIDS/HIV entre usuários de drogas injetáveis.⁴¹

Em meados dos anos 90, o modelo preventivo na modalidade de tratamentos de substituição, já estava implementando em todos os países europeus,

⁴⁰ BAPTISTA, Marcos. *A política de substituição e a psicanálise: seria essa política um tráfico do Nome-do-Pai*. In: BAPTISTA, CRUZ, MATIAS (Org.). *Drogas e Pós-Modernidade: faces de um tema proscrito*. V. 2. Rio de Janeiro: UERJ/FAPERJ, 2003, p. 219-221. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 73.

⁴¹ CABALLERO, Francis; BISIOU, Yann. *Droit de la drogue*. Paris: Dalloz, 2000, p. 111-116. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 77.

sendo a Holanda e a Suíça considerados os países mais avançados nessa política. A Alemanha, Espanha, Itália, Áustria e Luxemburgo já vêm aplicando esse modelo há algum tempo. Mesmos os países de legislação penal mais repressiva da Europa, como Grécia, Finlândia, além da Noruega, já possuem alguns programas como esses, embora sua cobertura seja limitada, o que pode ser explicado pela forte influência do modelo proibicionista nesses países.⁴²

É de se destacar, contudo, em que pese os Estados Unidos adotar uma política repressiva, nada impede que alguns Estados adotem algumas medidas de redução de danos, tal qual como fizeram Columbia e Nova Iorque no ano de 1992.

Dessa forma, mesmo que muito criticada pelos países que adotam a política proibicionistas, sob a alegação de que se estaria, em verdade, incentivando o consumo de droga, é inegável que a redução de danos, ainda que polêmica e, portanto, distante de ser implementada em todos os países, vem sendo mais efetiva quanto aos seus resultados práticos, razão pela qual é a tendência a ser seguida no futuro quanto à solução do problema das drogas.

2.1.3. Justiça terapêutica

Há ainda um terceiro modelo denominado “Justiça terapêutica”. Tal política consiste basicamente em uma imposição de uma pena de tratamento substitutiva à de prisão para o usuário de drogas. Segundo Giacomini, a Justiça terapêutica:

Consiste em um conjunto de medidas que visam à possibilidade de infratores usuários ou dependentes de drogas (e que em razão delas tenham cometido crimes) receberem tratamento, ou outro tipo de terapia, buscando-se evitar a aplicação de pena privativa de liberdade, modificando seus comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.⁴³

⁴² RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 76.

⁴³ GIACOMINI, Eduarda. *A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 62, 01/03/2009 [on line]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em 19 set. 2011.

Muito embora considerada por muitos como uma medida humanista, que visa conscientizar o usuário de que ele possui problemas tanto legais – pelo cometimento da infração penal do Art. 28 da Lei 11.343/2006 –, quanto de saúde – decorrente do uso das drogas, Rodrigues faz ferrenhas críticas a tal política.

Segundo ela:

Baseada no modelo das *Drug Courts* norte-americanas, pretende manter o usuário dentro do controle estatal, com instrumentalização do tratamento de desintoxicação, previsto e imposto como único meio de se evitar a prisão. O Poder Judiciário atua como “facilitador” do tratamento e, através da ameaça de prisão, pretende impor um novo tipo de comportamento ao usuário, como forma de padronização e “cura”, objetivando a abstinência total por parte do agente. A cura é vinculada ao sistema penal, vista como uma solução para todos os males.⁴⁴

Reghelin entende que:

A pena de tratamento é autoritária e ignora diferenças na abordagem terapêutica, ao igualar os usuários ocasionais, eventuais e dependentes, e desconsidera as diferenças entre drogas leves e pesadas, notadamente em relação aos consumidores de *cannabis*, que em nada se assemelham aos usuários de drogas pesadas. Os defensores dessa proposta preferem ignorar não ser a maioria dos usuários dependentes químicos, mas sim usuários ocasionais ou eventuais, não havendo sequer fundamentação científica para se impor tal medida compulsória.⁴⁵

Ou seja, o usuário basicamente não terá a escolha em se quer se tratar ou não, tal qual como ocorre na política na redução de danos. Nesta medida, o Estado autoritariamente impõe a sua vontade sobre o indivíduo, prevendo a pena de prisão caso não cumpra o tratamento que lhe fora imposto, demonstrando uma clara violação aos princípios da privacidade e da intimidade. Seus críticos, portanto, entendem que tal medida é inconstitucional, razão pela qual entendem pela sua não implementação.

⁴⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 79.

⁴⁵ REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 165. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 80.

2.1.4. Medidas alternativas

No que se refere às medidas alternativas possíveis para se tratar o problema de drogas, há quatro correntes que discorrem sobre o assunto: (I) Liberação total da venda e do consumo de drogas; (II) Legalização e regulamentação da venda de drogas; (III) Legalização do consumo individual de todas as drogas; e (IV) Descriminalização do uso de drogas com a manutenção da proibição na esfera administrativa.

A seguir serão apresentados, resumidamente, os argumentos e críticas de cada corrente, segundo a visão do Promotor de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, José Theodoro Corrêa de Carvalho.

I) Liberação total da venda e do consumo de drogas

Argumentos: Alega que a guerra contra as drogas é ineficaz, não só pelo aumento do consumo e do tráfico, mas também pelo fracasso de medidas ressocializadoras, sendo que a única solução seria liberar totalmente a venda e consumo de drogas.

Crítica: De Carvalho critica tal posicionamento, pois:

*Desistir de criminalizar uma conduta danosa, devido à falta de sucesso no combate, equivale a permitir que a atividade se alastre, gerando grave perigo à sociedade. O abolicionismo penal ainda não apresentou uma solução substitutiva que seja eficaz na manutenção da convivência social harmoniosa, sendo recomendável, por enquanto, que a redução da criminalidade em geral seja buscada com educação e políticas sociais, paralelamente ao aprimoramento do modelo de persecução penal vigente.*⁴⁶ (grifo nosso)

II) Legalização e regulamentação da venda de drogas

Argumentos: Com a legalização e regulamentação da venda de drogas, além de se combater o tráfico, poderá oferecer um entorpecente que será submetido a controles de qualidade, evitando, assim, possíveis overdoses pela má-qualidade

⁴⁶ DE CARVALHO, José Theodoro Corrêa. *Descriminalização das drogas: será o que a sociedade quer?* [on line]. Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=2524&Itemid=93>. Acesso em: 30 out. 2010.

do produto. Não obstante, haveria o recolhimento de impostos sobre a compra e venda das drogas, que seriam revertidos para o tratamento de usuários.

Crítica: O promotor critica tal tese, porque:

Se a venda de drogas fosse regulada, controlada e tarifada é certo que haveria limites de idade para compra, limite de toxicidade das drogas e preço mais alto, o que indica que seguiria existindo um mercado paralelo, controlado pelos traficantes, para venda de drogas mais fortes e mais baratas. O problema da criminalidade continuaria existindo e a facilidade de acesso às drogas levaria ao aumento do número de consumidores. Quanto ao argumento de que haveria mais tributos destinados ao tratamento, parece risível que se permita o incremento do número de dependentes sob a justificativa que haveria mais dinheiro para o sistema de saúde. Melhor que não se estimule o aumento do número de usuários.⁴⁷ (grifo nosso)

III) Legalização do consumo individual de todas as drogas

Argumentos: As drogas poderiam ser utilizadas para o consumo individual, assim como ocorre com o álcool e o tabaco. Não obstante, alega que trata-se de uma liberdade individual exercida pelo próprio cidadão em fazer o que quiser com o seu próprio corpo (Princípio da Alteridade), não podendo o Estado interferir em tal esfera. Tal restrição ao consumo estaria ferindo então um dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, qual seja, o da liberdade.

Crítica: José Theodoro afirma que tais direitos fundamentais não são absolutos, podendo o Estado interferir na esfera individual do cidadão na hipótese de, por exemplo, tal direito violar o alheio. Ademais, entende que pelo fato das drogas alterarem o funcionamento normal do cérebro, existe uma grande possibilidade de gerar graves danos não só ao próprio usuário, mas também às pessoas próximas a ele. Sobre esta questão em específico, o explica *“que a droga retira justamente o que seria o argumento para permitir-se seu consumo: a liberdade. Quem é viciado em drogas perde a liberdade de escolher seu próprio destino e passa a ser controlado pelo vício”⁴⁸*. Ademais, uma eventual liberação aumentaria consideravelmente a procura pelas drogas, incentivando-se, assim, o

⁴⁷ DE CARVALHO, José Theodoro Corrêa. *Descriminalização das drogas: será o que a sociedade quer?* [on line]. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=2524&Itemid=93>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁴⁸ Ibid.

comércio ilegal e provocando, conseqüentemente, a ocorrência de outros crimes a ele relacionados, tais como homicídio, roubo, tráfico, posse de armas.

IV) Descriminalização do uso de drogas com a manutenção da proibição na esfera administrativa

Argumentos:

O argumento jurídico para a mudança vem da idéia de que o direito penal não deve cuidar das infrações menos graves, mas deve ser subsidiário, supletivo ou mínimo, atuando apenas naquelas situações em que as outras áreas do direito não foram suficientes.⁴⁹

Neste caso, haveria então uma espécie de órgão, assim como o Detran, que multaria os usuários flagrados com as drogas, fazendo com que a conduta fosse proibida administrativamente, sem que deixasse de ser crime.

Crítica: Para De Carvalho, o consumo de drogas não é proibido somente pelo fato de causar danos ao próprio usuário, mas também pelo risco que este pode oferecer à sociedade. Não obstante, caso se adote tal corrente da descriminalização, as condutas de perigo não poderiam ser criminalizadas, devendo ser retiradas do código penal. Ocorre que a doutrina do direito penal mínimo não é adotada na legislação brasileira, que, em verdade, criminaliza toda e qualquer conduta não almejada pela sociedade.

O promotor entende, contudo, que é uma correta decisão a liberação da maconha e outras drogas ilícitas para fins medicinais, desde que as pesquisas comprovem que tais substâncias contribuam efetivamente para cura das enfermidades, e que haja também um controle rígido no que se refere à prescrição medicinal de entorpecentes, com vistas a evitar fraudes daquelas pessoas que desejam a substância apenas para satisfazer o próprio vício, ou mesmo por recreação.

⁴⁹ DE CARVALHO, José Theodoro Corrêa. *Descriminalização das drogas: será o que a sociedade quer?* [on line]. Disponível em: <http://www.mpdf.t.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=2524&Itemid=93>. Acesso em: 30 out. 2010.

Sobre o tema, o promotor assim discorre:

Para que o uso medicinal de drogas ilícitas ocorra, é necessário que seja desvinculado do uso recreativo. No Canadá foram realizadas pesquisas com a planta da cannabis e se constatou que alguns dos efeitos benéficos aqui relatados eram oriundos do cannabinal, substância sem efeitos alucinógenos e que poderia ser consumida por meio de gotas ou comprimidos, afastando-se, assim a tentativa de desvirtuamento do consumo medicinal, o que se afigura mais compatível com o objetivo almejado.⁵⁰

Pelo exposto, De Carvalho conclui que:

A descriminalização poderia gerar problemas muito mais sérios, como uma epidemia de consumo de drogas, parecendo mais correto aliar-se políticas educativas de prevenção e tratamento, com medidas de redução da oferta de drogas. Afinal, quanto menos droga houver, melhor para a qualidade de vida de todos.⁵¹

De fato, a questão é bastante polêmica e carece de debate. Qualquer que seja a medida imposta, haverão posicionamentos tanto a favor quanto contra, razão pela qual há a necessidade de aprofundamento na questão, de modo a auferir as suas reais conseqüências.

A ex-defensora pública e juíza Maria Lúcia Karam, famosa por ser uma das principais defensoras da descriminalização do usuário de drogas, explica que:

A simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito – penetrar. Assim, como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas, que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão.⁵²

Ademais, considera que a proibição das drogas é inconstitucional, tendo em vista uma evidente afronta ao Princípio Constitucional da Liberdade Individual, previsto no Art. 5º da Carta Magna, cabendo ao Estado somente intervir na conduta

⁵⁰ DE CARVALHO, José Theodoro Corrêa. *Descriminalização das drogas: será o que a sociedade quer?* [on line]. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=2524&Itemid=93>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁵¹ Ibid.

⁵² KARAM, M. L.. *Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 136.

de uma pessoa quando ela tem potencial para causar dano a terceiro, o que não ocorre no consumo de drogas, por ser esta uma conduta privada.

Damásio, contudo, não entende dessa maneira. O fato de “punir” o usuário de drogas não fere o Princípio da Privacidade Individual (Art. 5º, X, CF), ou seja, o artigo não é inconstitucional. Segundo o autor, esta tese encontra-se superada, conforme se verifica em seus ensinamentos:

Havia duas posições à luz do art. 16 da Lei n. 6.386/76: 1ª) o dispositivo é inconstitucional (TJRS, ACrim 687043661, RJTJRS, 127:99); 2ª) a alegação é inadmissível, inexistindo inconstitucionalidade (TJSP, ACrim 72.037, RT, 650:273; ACrim 151.129, 5ª Câmara, rel. Des. Dante Busana, JTJ, 150:307, e RT, 702:334; TJSP, RT, 666:292). A primeira tese está superada (TJSP, ACrim 151.129, 5ª Câmara, rel. Des. Dante Busana, RT, 702:334). Vide, ainda, TJSP, RT, 819:581.⁵³

Ainda segundo Karam:

É preciso legalizar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas, de modo a efetivamente afastar os riscos, os danos e os enganos do proibicionismo, que provoca violência, que provoca maiores riscos e danos à saúde, que cerceia a liberdade, que impede a regulamentação e um controle racional daquelas atividades econômicas⁵⁴

Seu raciocínio baseia-se basicamente no histórico fracassado do modelo repressivo de combate às drogas, notadamente o norte-americano, ressaltando que, mesmo após todo esse período, os resultados obtidos são totalmente contrários àqueles pretendidos, acarretando, inclusive, graves riscos e danos decorrentes da proibição.

Não obstante, relembra que, baseando-se na história e no cenário atual, o mercado de drogas não irá acabar, fazendo com que qualquer medida que vise proibir o seu consumo fracassará, tal qual como ocorre nos Estados Unidos. Assim sendo, havendo a sua legalização, as pessoas estarão mais protegidas, podendo consumir sua droga de maneira menos prejudicial a sua saúde.

⁵³ JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas anotada / Damásio de Jesus – 10. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

⁵⁴ KARAM, M. L. *Entrevista especial de aniversário – Maria Lúcia Karam.* [on line]. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2010/06/entrevista-especial-de-aniversario-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 17 set. 2011.

A proibição provoca maiores riscos e danos à saúde: impede a fiscalização da qualidade das substâncias comercializadas; sugere o consumo descuidado e não higiênico; dificulta a busca de assistência; constrói preconceitos desinformadores e obstáculos às ações sanitárias; cria a atração do proibido, acabando por estimular o consumo especialmente por parte de adolescentes.⁵⁵

Em entrevista concedida à revista *Época*, quando questionada sobre o fato de uma possível legalização aumentar o consumo, a juíza aduz que:

O consumo se deve a muitos fatores. É como o aborto. É irrelevante o fato de ser legal ou ilegal. Pesquisas realizadas na Holanda e nos Estados Unidos em 2005 negam a tese de que o consumo aumentaria. Na Holanda, onde é permitido usar maconha e haxixe nos coffee shops, registrou-se um percentual de 12% de consumidores de maconha entre jovens de 15 a 24 anos. Nos EUA, 27,9% dos jovens de 18 a 25 anos eram consumidores.⁵⁶

Ao contrário do que grande parte da população pensa, Karam entende que a legalização não aumentaria a criminalidade, pois:

Só existe violência associada à produção e ao comércio de drogas porque esse mercado é ilegal. Num mercado legal como é o do álcool, as disputas se resolvem dentro da lei. No mercado ilegal, as disputas comerciais e econômicas vão se resolver na base da força. Quem provoca a violência, portanto, é o Estado.⁵⁷

Em outras palavras, não são as drogas que causam violência, mas sim a ilegalidade imposta ao mercado. Isso porque as pessoas que estão nele envolvidas somente detêm armas e cometem atos de violência em razão do seu caráter ilícito do seu comércio.

Ainda a autora:

Quem deseja construir um mundo melhor, quem deseja construir sociedades mais iguais, mais justas, mais livres, mais solidárias,

⁵⁵ KARAM, M. L. *Entrevista especial de aniversário – Maria Lúcia Karam*. [on line]. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2010/06/entrevista-especial-de-aniversario-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 17 set. 2011.

⁵⁶ KARAM, M. L. *Entrevista - Maria Lúcia Karam*. [on line]. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI5372-15223,00-MARIA+LUCIA+KARAM+PROIBIR+AS+DROGAS+E+INCONSTITUCIONAL.html>>. Acesso em: 19 set. 2011.

⁵⁷ *Ibid.*

seguramente precisa lutar pelo fim da “guerra às drogas”, precisa lutar pela legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas.⁵⁸

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso é outra pessoa que também encabeça tal corrente da descriminalização, presidindo, inclusive, a Comissão Global de Política sobre Drogas. Recentemente, conduziu o documentário "Quebrando o Tabu" (2011), cuja estréia nos cinemas brasileiros se deu no dia 3 de julho de 2011, onde defende tal posicionamento, alegando que a guerra ao tráfico não pode ser vencida, bem como que o usuário deve ser tratado como um doente que precisa de tratamento, e não como um criminoso. Ademais, efetivando-se a descriminalização, o usuário não precisará ir mais ao traficante para comprar a droga, pois dotará de meios legais e regulamentados para conseguí-la.

A descriminalização do usuário, inclusive, já é realidade em alguns países da Europa Ocidental, com resultados bastante satisfatórios. Acerca de tal questão Boiteux relata que:

A descriminalização de todos os tipos de drogas é uma realidade hoje em Portugal, Itália e Espanha; enquanto que Bélgica, Irlanda e Luxemburgo descriminalizaram somente a maconha, e o Reino Unido recentemente desclassificou a *Cannabis*, cujo usuário passou a ser controlado apenas pela polícia, sem possibilidade de prisão.⁵⁹

A mesma autora ainda assevera que:

O relatório do EMCCDA (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction), de novembro de 2005, informa que a maioria dos membros da União Européia instituíram inúmeras alternativas para adiar, evitar ou substituir a pena de prisão. No mesmo sentido é a recomendação do Conselho da EU (Plano de Ação de Drogas da União Européia de 2005-2008).⁶⁰

Pelo exposto, conclui Karam que já é hora de romper com o proibicionismo e promover uma mobilização global que conduza a uma ampla reformulação das convenções internacionais e das legislações internas, para

⁵⁸ KARAM, M. L. *Entrevista especial de aniversário – Maria Lúcia Karam*. [on line]. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2010/06/entrevista-especial-de-aniversario-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 17 set. 2011.

⁵⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 88.

⁶⁰ Ibid. p. 105.

legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, regulando-se tais atividades com a instituição de formas racionais de controle, verdadeiramente comprometidas com a saúde pública, respeitadas da dignidade e do bem-estar de todos os indivíduos, livres da danosa intervenção do sistema penal. É preciso legalizar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas, de modo a efetivamente afastar os riscos, os danos e os enganos do proibicionismo, que provoca violência, que provoca maiores riscos e danos à saúde, que cerceia a liberdade, que impede a regulamentação e um controle racional daquelas atividades econômicas.⁶¹

2.2. A política criminal adotada pelo Brasil

Com o advento da Lei nº 11.343/2006, fica bastante clara a intenção do legislador em não punir com a prisão o portador de drogas para o próprio consumo, tendo em vista que, como bem se sabe, o sistema prisional brasileiro, além de falido, precário e superlotado, é considerado uma “escola para o crime”, onde as pessoas saem das prisões não corrigidas, reeducadas, como deveria ocorrer, mas sim especializadas no conhecimento do *modus operandi* de novos delitos.

Ademais, conforme visto alhures, tal modelo norte-americano não vem obtendo resultados satisfatórios no que se refere ao combate das drogas, fazendo com que o Brasil adotasse nova postura em relação ao usuário, através da política de redução de danos.

Tal conclusão torna-se evidente ao se fazer uma leitura geral da nova Lei Antidrogas, com enfoque especial nos artigos que versam acerca da finalidade, princípios e objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, a saber: Art. 1º, caput; Art. 3º, inciso I; Art. 4º, incisos VII, IX e X; Art. 5º, incisos I, II e III; Todos esses tratam, de modo expresso, sobre a necessidade de se dar uma atenção especial a problemática do uso indevido das drogas, bem como a reinserção social de seus usuários e dependentes.

⁶¹ KARAM, M. L. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Texto publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP. Disponível em: <<http://coletivodar.files.wordpress.com/2009/07/aleide2006-marialuciakaram.doc>>. Acesso em: 20 set. 2011.

Não obstante, o Título III – “Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas” – da referida lei, traz uma série de providências que devem ser tomadas e situações a serem observadas, corroborando, assim, para o atingimento do fim legal proposto pelo legislador.

Corroborando com tal entendimento, o autor Ricardo Ubaldo Moreira e Moraes entende que:

O Brasil figura, no cenário internacional, como um dos maiores mercados de consumo e tráfico ilícito de drogas, e por este motivo as providências legislativas sempre foram fundamentadas na repressão como forma de combater este quadro, dispensando o mesmo tratamento aos usuários e traficantes.

A nova Lei Antidrogas, porém, busca equilibrar as políticas de repressão ao tráfico com as medidas de prevenção e reintegração social dos usuários, inovando quanto aos tratamentos penais dispensados para cada um destes agentes.⁶²

Tal entendimento tem como supedâneo o princípio da Intervenção Mínima, no qual estabelece que a proteção do Direito Penal somente deve ser invocada em ultima instância, caso não seja suficiente a aplicação de outras regras do ordenamento jurídico.

Ou seja, segundo as autoras Estela Cristina Bonjardim e Ana Claudia Maciel:

A sanção penal é o ultimo meio a ser invocado pelo Estado, permitido pelo ordenamento jurídico. Antes, todos os meios devem ter sido esgotados, justamente porque a pena cerceia a liberdade, que é o bem mais precioso, o bem mais importante que o individuo pode ter, depois da vida. O recurso à pena supõe falha do Estado na utilização de outros instrumentos para que seja garantida a proteção necessária ao bem jurídico, de forma menos danosa possível. Assim, reconhece-se que a pena é uma solução imperfeita, e somente deverá ser utilizada, em última instância, ou seja, quando os demais meios à disposição do Estado não sucumbirem o problema e também nos casos de ofensas significativas a bens jurídicos

⁶² MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006.* [on line]. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->. Acesso em: 2 set. 2011.

essenciais para a coexistência. Deste princípio decorre o caráter subsidiário do Direito Penal, como recurso extremo.⁶³

E completam aduzindo que:

Esta é a concepção garantista do Direito Penal, onde o bem jurídico está submetido à dupla garantia: protegido pelo Direito Penal e protegido ante o Direito Penal, evitando abusos e ataques estatais, sob o pretexto da aplicação do mesmo.⁶⁴

Luiz Flávio Gomes ressalta que, com o advento da nova lei, adotou-se uma linha tanto prevencionista, quanto proibicionista:

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

Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica, principalmente porque a nova Lei 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 a sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando garantir a estabilidade e o bem-estar social' (art. 4º X – grifou-se).⁶⁵

No que tange à evolução legislativa, o advogado Eduardo Viana Portela Neves também entende que houve alguns avanços com a edição da nova lei, merecendo enfoque a possibilidade da adoção de penas restritivas de direito em detrimento das penas privativas de liberdade. Com isso, com a adoção de tal política criminal que tem se expandido mundialmente, houve uma “flexibilização da dimensão punitiva do direito penal”.

Gomes entende que o usuário de drogas deva ser tratado como vítima, usuário dependente que carece de atenção e tratamento, e não como é tratado atualmente pela legislação brasileira, ou seja, como um criminoso, tendo em vista que ele exerceu o seu livre arbítrio ao usar a substância e não causou qualquer tipo de prejuízo a terceiros.

⁶³ BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira*. [on line]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 9 set. 2011.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 2.ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27-28.

O mais importante em qualquer estratégia de prevenção é a consideração do usuário de droga não como um “doente”, mas como um ser humano que fez uma escolha de comportamento social não necessariamente saudável, e por isso não pode ser estigmatizado, mas acolhido.⁶⁶

Contudo, Gomes também defende que houve uma evolução substancial no pensamento dos legisladores brasileiros no que diz respeito às políticas criminais adotadas na nova lei de drogas, estando de acordo, ainda, com a política europeia de redução de danos, que consiste em tratar o usuário de drogas, ao invés de prendê-lo, através da aplicação de medidas alternativas, tal qual como prevê o Art. 28 da Lei nº. 11.343/2006.

Isso sem falar nas outras alterações, quais sejam: a não condução à delegacia, a impossibilidade de prisão em flagrante e a existência do termo circunstanciado, em detrimento do inquérito policial, conforme trata o Art. 48 da referida Lei.

O jurista Sérgio Ricardo de Souza, no tocante a lei 11.343/06, assim entende:

O que fez o legislador brasileiro foi seguir a tendência internacional e reconhecer ser o usuário ou viciado uma vítima na cadeia produtiva e econômica em que se acham inseridas as drogas, entendendo por bem que essas pessoas não devem punidas com rigor máximo do Estado, a ponto de ser possível aplicar a elas as sanções mais fortes, como a prisão.⁶⁷

Em suma, conclui Batista que:

A opinião da melhor doutrina e uma análise mais cuidadosa do diploma legislativo aponta que o legislador preferiu quebrar os paradigmas elaborando uma norma que revolucionou a visão legal sobre a posse de drogas para consumo pessoal. Esta norma se caracteriza pela não associação do uso de drogas com a segregação social, onde o usuário de drogas não é visto mais como um criminoso merecedor da cadeia, do isolamento, mais de tratamento. Aponta o pensamento do legislador que os

⁶⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 71.

⁶⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A nova lei antidrogas – Lei 11343/2006*. Impetus, Niterói, 2006. p. 25.

bons resultados no combate a atividade ilícita não depende somente de uma política criminal, não sendo apenas um caso de polícia, mas sim uma questão de educação e saúde pública.⁶⁸

Karam, entretanto, entende que a Lei 11.343/2006 não trouxe uma alteração substancial ao ordenamento, tendo em vista que o Brasil continuou a adotar uma política proibicionista, seguindo as diretrizes das Convenções Internacionais em que é signatário. Segundo ela:

A nova lei é apenas mais uma dentre as mais diversas legislações internas que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das drogas qualificadas de ilícitas, com base em uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com base na supressão de direitos fundamentais e suas garantias.⁶⁹

Desta feita, a partir deste enfoque, faz-se necessária a análise de quais foram as providências adotadas pelo legislador brasileiro ao editar a nova lei. O modelo da redução de danos ficou bastante claro, entretanto indaga-se se o legislador, ao não prever a pena privativa de liberdade, acabou por despenalizar ou descriminalizar a conduta do consumo de drogas.

Para sanar tal questão, verificar-se-á no capítulo a seguir, o entendimento de conceituados autores sobre as referidas correntes, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

⁶⁸ BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal.* [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

⁶⁹ KARAM, M. L. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo.* Texto publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP. Disponível em: <<http://coletivodar.files.wordpress.com/2009/07/aleide2006-marialuciakaram.doc>>. Acesso em: 20 set. 2011.

3. O TRATAMENTO DADO AOS USUÁRIOS DE DROGAS, À LUZ DA NOVA LEI 11.343/2006.

Com o advento da nova Lei Antidrogas nº. 11.343/2006, de 23 de Agosto de 2006, de modo especial em seu Art. 28, com vistas a atender uma nova ordem mundial acerca do tema, alterou a forma como o usuário de drogas – ou seja, aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar – deverá ser tratado no que se refere as conseqüências advindas de tal conduta (pena).

O problema imediato surge com a seguinte indagação: a legislação, não mais prevendo a pena de prisão ou detenção para o usuário de drogas, teria descriminalizado ou apenas despenalizado tal conduta?

Subsidiariamente a esta questão, de maneira mediata, portanto, insurgem-se os seguintes questionamentos: Quais as conseqüências jurídicas desta mudança? As sanções previstas são consideradas penas ou medidas educativas? Qual foi a intenção do legislador ao editar tal norma? Teria ele acertado na elaboração da nova lei? Houve um avanço ou retrocesso legislativo? Tal preceito é mais benéfico ou prejudicial ao usuário? Houve *abolitio criminis*? Há um conflito aparente de normas quando comparado ao Código Penal Militar, no que tange ao que prevê o Art. 290?

3.1. Art. 28 da Lei nº. 11.343/2006: Despenalização ou descriminalização do usuário?

Para uma melhor compreensão do assunto em tela, torna-se necessário, preliminarmente, o conhecimento do dispositivo ora em debate, que assim dispõe, *in verbis*:

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.⁷⁰

Conforme já abordado anteriormente no presente trabalho, há uma discussão doutrinária acerca do tratamento dispensado ao usuário de drogas no que tange à despenalização ou descriminalização de tal conduta.

A seguir serão apresentados os principais argumentos doutrinários de cada corrente, de modo que o leitor, após a devida análise não só em seu âmbito social e moral, mas também sob a ótica jurídica que envolve o tema, possa formar um juízo de valor próprio acerca de tão polêmica questão.

Ademais, por fim, apresentar-se-á o posicionamento Supremo Tribunal Federal sobre a matéria no julgamento da Questão de Ordem⁷¹ em Recurso Extraordinário nº. 430105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 2 abr. 2011.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.

3.1.1. Da descriminalização da conduta

A corrente defendida pelo renomado doutrinador penalista Luiz Flávio Gomes entende que, com a edição do novo Diploma Legal, houve tanto uma descriminalização formal, bem como uma despenalização à conduta praticada pelo usuário de entorpecentes. A primeira afirmação funda-se no fato de se ter acabado com o caráter criminoso do fato; A segunda, por ter retirado a pena privativa de liberdade ao infrator.

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminoso. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não retira do campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial).⁷²

Explica-se. Segundo o próprio autor, o fato não poderia ser mais considerado crime em razão da lei não mais estabelecer uma pena de reclusão ou detenção, tal qual como previsto no Art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal – LICP, ou até mesmo prisão simples, conforme se percebe a seguir:

Art 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.⁷³

Segundo Gomes:

No novo texto legal (art. 28) já não se comina a pena de prisão. Logo, como vimos nos comentários ao art. 27, o fato deixou de ser criminoso (em sentido estrito). Houve descriminalização “formal”, porém sem concomitante legalização. O art. 16 foi apenas formalmente descriminalizado, mas a posse da droga não foi legalizada.⁷⁴

⁷² GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.120.

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.914, de 9 de Dezembro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 02 set. 2010.

⁷⁴ Op cit. p. 147.

Em verdade, o autor considera que se está diante de uma terceira modalidade de sanção: infração penal *sui generis* (que não pode se confundir com crime ou contravenção), ou seja, segundo Gomes “a infração contemplada no Art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e **sui generis**. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal **sui generis**”.⁷⁵

Ainda sobre o assunto:

Classificação da infração: não se tratando de um “crime”, sim, de mera “infração penal *sui generis*”, não sendo a prisão a pena cominada, pode-se transigir com as exigências emanadas do princípio da ofensividade (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico). Cuida-se, assim, de uma infração penal de mera conduta (basta o desvalor da conduta para a sua configuração e consumação). Não se faz mister provar nenhum perigo concreto (ou seja: perigo para uma pessoa concreta). Caso se tratasse de um “crime” ou “contravenção penal”, jamais se poderia prescindir da lesão ou do perigo concreto (ao bem jurídico).⁷⁶

Portanto, segundo o principal pensador de tal corrente, se o art. 28 não prevê a pena de reclusão, detenção ou prisão simples, não há de se falar que se estaria diante de uma daquelas duas modalidades, razão pela qual entende ser infração penal *sui generis*.

Visando reforçar tal entendimento, em sua obra, Gomes apresenta mais argumentos sobre a corrente que defende:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 (“Dos crimes e das penas”) não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28), porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos “crimes de responsabilidade”, que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em “mandato” expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandato); como se vê, **não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro**, que seguramente não se destaca no rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o §4º do art. 28 é claramente a popular e não a técnica e só tem efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2006. In: BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal*. [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

⁷⁶ Op cit. p. 151.

cumprimentos das medidas contempladas no art. 28; **se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção)**;

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: **o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos**;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; **o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados**; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado do juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de “criminoso”, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a **lei não prevê medida privativa de liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas** (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a **admoestação e a multa (do §6º do art. 28) como astreintes** (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; **isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis***;

h) **o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção**, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, **reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com as penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.**⁷⁷ (grifou-se)

Há ainda uma corrente subsidiária a esta defendida por Gomes – minoritária, contudo -, que entende que, pelo fato do artigo 28 não ter previsto a pena privativa de liberdade, retirou-se o caráter penal da conduta, incorrendo no instituto denominado “*abolitio criminis*”.

Ou seja, a conduta também constitui infração penal *sui generis*, porém, entende que não houve a “descriminalização formal” (entendimento defendido por Gomes), e sim a abolição do crime de porte de drogas para o consumo pessoal. Está-se diante, pois, de uma “descriminalização substancial”.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2006. In: BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal*. [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

Alice Bianchini, um dos defensores de tal entendimento, afirma que:

O art. 28 não pertence ao Direito Penal, mas sim, é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final, no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, tendo ocorrido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*.⁷⁸

Para um melhor entendimento de tal instituto, primordial trazer à tona o conceito de *abolitio criminis*:

O instituto da *abolitio criminis* ocorre quando uma lei nova trata como lícito fato anteriormente tido como criminoso, ou melhor, quando a lei nova descriminaliza fato que era considerado infração penal. Não se confunde a descriminalização com a despenalização, haja vista a primeira delas retira o caráter ilícito do fato, enquanto que a outra é o conjunto de medidas que visam eliminar ou suavizar a pena de prisão. Assim, na despenalização o crime ainda é considerado um delito.⁷⁹

Ainda sobre tal instituto, o renomado doutrinador Cezar Roberto Bitencourt assim prescreve:

Ocorre *abolitio criminis* quando a lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada (Art. 2º do CP). A *abolitio criminis* configura uma situação de lei penal mais benigna, que deve atingir, inclusive, fatos definitivamente julgados, mesmo em fase de execução. A *abolitio criminis* faz desaparecer todos os efeitos penais, permanecendo os civis.⁸⁰

Bianchini destaca, ainda, a importância de não se confundir a descriminalização com a despenalização. Segundo ela, a primeira retira o caráter ilícito do fato, enquanto que a segunda apenas é um conjunto de medidas que buscam eliminar ou suavizar a pena de prisão, sem deixar de considerar a conduta como um delito.

⁷⁸ BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal*. [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

⁷⁹ SOUZA, L. G. de. Breves considerações acerca da *abolitio criminis*. *Pesquisa Direito*, São Paulo. 04 ago.2006. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/b_c_abolitio_criminis.htm>. Acesso em: 26 mai. 2010.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado – 4ª ed. atual.* – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

Gomes, contudo, critica tal entendimento, sob o argumento de que não é “*abolitio criminis*”, pois a conduta ainda pertence ao Direito Penal, e sim “descriminalização formal”, pelo fato ter deixado de ser rotulado como crime, e “despenalização”, haja vista que não está mais prevista a pena privativa de liberdade.

3.1.2. Da despenalização da conduta

Em entendimento contrário àquele apresentado por Luiz Flávio Gomes, há, todavia, outra corrente no qual defende que, com o advento do Art. 28 da Lei Antidrogas, na verdade houve uma despenalização da conduta do usuário.

Eduardo Neves, um dos defensores desse entendimento, conceitua os termos “despenalizar” e “destipificar” para chegar a sua conclusão. Segundo Neves:

Destipificar significa tornar uma conduta lícita, evidenciar a ausência de crime ou contravenção. Quando a situação fática não mais encontra previsão no tipo penal previsto abstratamente a conduta, outrora caracterizadora de delito, não se subsume ao modelo penal abstrato, obstaculizando o juízo positivo de tipicidade; é verdadeira “*abolitio criminis*”.

A destipificação representa a redução do direito penal a um núcleo essencial e necessário. Vários são os fundamentos, resumimos alguns: a) princípio da insignificância; b) princípio da subsidiariedade; c) vedação à criminalização de lesões que ofendam bens jurídicos individuais; d) princípio da necessidade da pena; e) princípio da adequação típica.⁸¹

Para complementar o significado do instituto da destipificação (ou descriminalização), torna-se primordial apresentar os conceitos e teorias atuais que nossa doutrina traz acerca de “crime” ou “delito”. Há três classificações existentes, a saber: formal (ou nominal); material (ou substancial); e, por fim, analítico (ou dogmático).

Luiz Regis Prado assim conceitua cada um dessas classificações:

a) Formal ou nominal – o delito é definido sob o ponto de vista do Direito positivo, isto é, o que a lei penal vigente incrimina (*sub specie juris*), fixando

⁸¹ NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28*. [online]. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

seu tempo de abrangência – função de garantia (art. 1º, CP). Versa, portanto, sobre a relação de contrariedade entre o fato e a lei penal.

[...]

b) Material (ou substancial) – diz respeito ao conteúdo do ilícito penal – caráter danoso da ação ou seu desvalor social -, quer dizer, o que determina a sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal. [...]. Então, no aspecto material, o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal, de caráter individual, coletivo ou difuso.⁸²

Ainda sobre o conceito material, e no sentido mais amplo das ciências penais, Cario entende que “o delito se caracteriza como atentado a um valor (bem jurídico) estabelecido com fundamental para a perenidade humana e cultural do grupo em que o conflito surgiu”.⁸³

Sobre o conceito analítico ou dogmático, o mesmo autor:

c) Analítico ou dogmático – decompõe-se o delito em suas partes constitutivas – estruturadas axiologicamente em uma relação lógica (análise lógico-abstrata). Isso não exclui a consideração do fato delitivo como um todo unitário, mas torna a subsunção mais racional e segura. A questão aqui é de ordem metodológica: emprega-se o conceito analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando agrupá-las em uma ordem simultânea. Opõe-se ao método sintético que avança por tese, antítese e síntese.⁸⁴

Atualmente, adota-se a teoria tripartida de crime, isto é, consiste em um fato típico, ilícito e culpável. Sobre tal conclusão, Prado assevera que:

Trata-se do modelo teórico preferencial, seja por razão científico-sistemática, seja por motivo didático-pedagógico, seja ainda por fundamento de cunho prático e garantista. Não obstante, a doutrina de linha francesa tradicionalmente indica como elementos do delito, o legal (anterior à incriminação); o material (fato proibido/ordenado pela norma penal) e o moral (conteúdo subjetivo ou psicológico).⁸⁵

Em que pese haver correntes que agregam a “punibilidade” ao conceito e outras que retiram o elemento “culpabilidade”, Prado, conclui que, “como expressão

⁸² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120 – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 230-231.

⁸³ CARIO, R. *Introduction aux sciences criminelles*. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 121. In: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120 – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 231.

⁸⁴ Op cit. p. 232.

⁸⁵ Ibid.

*conceitual preponderante e mais correta em termos técnicos e científicos, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita e culpável*⁸⁶. Essa é a corrente majoritária.

Damásio Evangelista de Jesus, também um dos defensores da despenalização, entende que a conduta é considerada crime tanto do ponto de vista formal quanto material, e alega que a definição do Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal encontra-se defasada. Sobre o assunto, o jurista assim dispõe:

Afirmar que as leis penais do século XXI devem amoldar-se no conceito da Lei de Introdução ao Código Penal significa conferir a ela caráter normativo superior, algo da qual ela é desprovida. De observar-se que a Constituição Federal declara que “a lei regulará a individualização da pena (criminal) e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (art. 5º, XLVI – parêntese nosso). Nota-se, portanto, que o Texto Maior expressamente autoriza a existência de crime sem a cominação de pena privativa de liberdade. Essa conclusão ganha esforço quando se nota na Carta Maior a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica (Art. 173, §5º, e 225, §3º); os entes fictícios, por óbvio, não ficam sujeitos à prisão, muito embora cometam crimes.⁸⁷

Ademais afirma:

Não convence, ainda, o argumento de que não se trata de infração penal pelo fato de as penas ali contidas não admitirem conversão em prisão. A impossibilidade de converter penas criminais em prisão já existe em nosso Direito Penal desde o advento da Lei n. 9.268/96, a qual modificou o regime jurídico da pena de multa, impedindo sua conversão em pena privativa de liberdade (v. art. 51 do CP). De notar-se que o juízo competente para a aplicação das “medidas” previstas no Art. 28 da Lei é o Juizado Especial Criminal (Art. 48 da Lei), revelando que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo.⁸⁸

Para conceituar o termo “despenalizar”, Eduardo Neves recorre à René Ariel Dotti, que assim dispõe: “*despenalizar é excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade*”.⁸⁹ Deste modo, manter-se-ia o caráter ilícito da

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120 – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁸⁷ JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas anotada / Damásio de Jesus – 10. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-54.

⁸⁸ Ibid. p. 54.

⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema das penas.* São Paulo: RT, 1998, p. 266. In: NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28. [on line]*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

conduta, no caso o porte de drogas para consumo, mas o Estado aplicaria, ao invés de uma pena privativa de liberdade, uma medida mais branda: pena alternativa ou medida educativa. Este é, portanto, o entendimento defendido por Neves.

Complementarmente, o mesmo autor entende, ainda, que existem 4 classificações possíveis para despenalização, quais sejam: substitutiva, condicional, premial e educativa (ou impeditiva), que assim ficam conceituados:

a) **despenalização substitutiva** – ocorre quando ao tipo penal é prevista uma pena privativa de liberdade que, depois de aplicada, pode ser substituída por uma “medida restritiva de direitos”. É o que ocorre quando atendido os requisitos do art. 44 do Código Penal.

b) **despenalização condicional** – evidencia-se quando, depois de aplicada a pena privativa de liberdade, a execução institucionalizada da pena é suspensa por um período previamente determinado desde que se atenda os pressupostos que, acaso sejam desrespeitados, pode gerar a revogação do benefício. Exemplo: *sursis*.

c) **despenalização premial** – apresenta-se quando, apesar do fato praticado ser criminoso o juiz, verificando o atendimento aos requisitos exigidos por lei, deixa de aplicar a pena ou suspende o processo. São exemplos: o *perdão judicial* e a *suspensão condicional do processo*. A diferença para a despenalização substitutiva e condicional é que nessas o juiz deve, obrigatoriamente, aplicar a pena.

c) **despenalização educativa ou impeditiva** – manifesta-se quando o juiz deve aplicar primariamente a *medida educativa*; não há necessidade de aplicar uma pena privativa de liberdade e só depois substituí-la; aliás, a ele (juiz) é vedado agir de maneira diversa. As medidas aplicadas não têm caráter penal, tampouco repressivo. São medidas de ordem educativa alternativas à restrição de direitos; além disso, são posturas adotadas, de plano, pelo legislativo. É o que surgiu com o art. 28 da Lei de Drogas.⁹⁰

Por fim, sobre tal diferenciação de conceitos de “despenalização” e “descriminalização”, Ana Luiza Barbosa da Cunha assim trata:

Para tanto, necessário se faz distinguir os institutos da descriminalização e da despenalização.

Pelo primeiro, o fato deixa de ser considerado infração penal, já que é retirado o caráter criminoso da conduta, havendo duas espécies de descriminalização: uma retira o caráter ilícito penal da conduta sem, contudo, legalizá-la (embora não seja mais considerada crime, permanece o caráter ilícito na conduta, que pode ser punida por outros ramos do Direito que não o Penal); outra, além de afastar o caráter ilícito penal da conduta, lhe legaliza totalmente (a conduta não está mais sujeita às sanções do Direito como um todo).

Já a despenalização é instituto destinado a amenizar a resposta penal imposta a um crime, seja evitando seja mitigando o uso da pena de prisão,

⁹⁰ NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28*. [online]. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

mas o crime permanece intocável. Da despenalização decorre, normalmente, o uso de penas alternativas.⁹¹

Em suma, descriminalização consiste na retirada de determinada do rol de crimes, seja pela lei, seja por orientação da jurisprudência. Já a despenalização decorre da exclusão da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, aplicando-se outras mais brandas, sem que o fato deixe de ser considerado, entretanto, como crime.

Acerca do assunto, o jurista Fernando Capez assim discorre:

Entendemos que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por Juiz criminal, e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1.º, da nova lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.⁹²

O renomado jurista Rogério Grecco, ao ser perguntado se o tipo penal mencionado no Art. 28 tratava-se de um delito ou uma contravenção penal, respondeu que:

Pela análise das penas cominadas, não se pode chegar a qualquer conclusão, pois que foge à regra constante do art. 1º da citada Lei de Introdução ao Código Penal. Contudo, podemos afirmar que se trata de um crime, em virtude da situação topográfica da Lei nº. 11.343/2006. Isso porque o Art. 28 está inserido no capítulo III do Título III do novo estatuto Antidrogas, que cuida dos crimes e das penas, razão pela qual, em razão da disposição expressa no mencionado Capítulo III, podemos afirmar que o consumo de drogas encontra-se no rol dos crimes previstos pela lei 11.343/2006, não se tratando, outrossim, de contravenção penal, mesmo que em seu conceito secundário não conste as penas de reclusão ou mesmo de detenção, conforme o disposto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.⁹³

⁹¹ CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. *A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário*. [on line]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070719122356384_a-nova-lei-de-drogas-e-o-tratamento-processual-dispensado-ao-usuario-parte-ii.html>. Acesso em: 19 ago. 2011.

⁹² CAPEZ, F. *Notas breves sobre a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006)*. Complexo jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_001_2007&category_id=432>. Acesso em: 16 jun. 2010.

⁹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial / volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 5 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 92.*

Cunha faz ferrenhas críticas ao entendimento de Luiz Flávio Gomes. Isso porque os incisos XLVI e XLVII do Art. 5º da Constituição Federal, traz, não só os direitos e garantias fundamentais dos homens, mas também um rol de penas que são permitidas e vedadas em nosso ordenamento jurídico, as quais torna-se importante citar:

Art. 5º. (*omitiu-se*)

[...]

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

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

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;⁹⁴

Não obstante, aduz que o Art. 5º, nº 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adotada em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, veda tão somente “a tortura e as penas ou tratos cruéis, desumanos e degradantes”. E conclui:

Dessa maneira, a conclusão que se impõe é a de que o legislador tem parâmetros mínimos, a título exemplificativo, e limites máximos quando da cominação abstrata das penas, limites esses que jamais pode ultrapassar. Dentro dessa margem, o certo é que tem liberdade para fixar toda e qualquer pena possível e imaginável, tanto de prisão, quanto restritiva de direitos, inclusive, frise-se, “prestação social alternativa”.⁹⁵

Assim sendo, torna-se necessário uma releitura do Art. 1º da LICP em conjunto com o que dispõe a Carta Magna, tendo em vista que o seu conceito fechado e legalista vai de encontro aos ditames constitucionais, pois, em momento algum, houve a limitação da pena de prisão como forma de punição dos crimes.

⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 Jun. 2011.

⁹⁵ CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. *A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário*. [on line]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070719122356384_a-nova-lei-de-drogas-e-o-tratamento-processual-dispensado-ao-usuario-parte-ii.html>. Acesso em: 19 ago. 2011.

Torna-se necessário, portanto, analisar a dimensão material do crime, ou seja, investigar a lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos relevantes, e não exclusivamente a pena cominada.

Cunha assim conclui:

Por essas razões, não nos resta dúvida de que a Lei 11.343/06 não promoveu *abolitio criminis* em relação às condutas ligadas ao consumo pessoal de drogas. É que, embora não sejam apenadas com pena restritiva de liberdade, o certo é que infringindo o agente a norma contida no artigo 28 da referida lei, há patente ofensa ao bem jurídico saúde pública, ou mesmo corre perigo de lesão, o que é indispensável para a tipicidade material.⁹⁶

Alinhado a tal raciocínio, ou seja, de que houve a despenalização do uso de drogas, cumpre lembrar de algumas peculiaridades processuais, aos quais estão sujeitas apenas aquelas condutas definidas como crime, dentre elas, as previstas no Art. 28 da Lei Antidrogas, a saber:

- Transação penal (previsto no Art. 76 da Lei Juizados Especiais Cíveis e Criminais – nº. 9.099/95);
- Suspensão condicional do processo, por ocasião do oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público (previsto no Art. 89, da Lei nº. 9.099/95);
- Procedimento sumaríssimo (previsto no Art. 48, §1º, da Lei nº. 9.099/95);
- O autor estará sujeito a reincidência (previsto no Art. 28 da Lei nº. 11.343/06); e
- Há prescrição da pretensão punitiva e executória no prazo de 2 (dois) anos.

Por todo o exposto, e diante dos sólidos argumentos apresentados por renomados doutrinadores, tal corrente da despenalização da conduta é a majoritária em nosso ordenamento jurídico. A seguir, será demonstrado qual o entendimento

⁹⁶ CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. *A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário*. [on line]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070719122356384_a-nova-lei-de-drogas-e-o-tratamento-processual-dispensado-ao-usuario-parte-ii.html>. Acesso em: 19 ago. 2011.

que deverá ser adotado pela Jurisprudência dos Tribunais, face à manifestação do Pretório Excelso sobre o polêmico assunto.

3.1.3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, adentrou em tal mérito ao julgar a Questão de Ordem⁹⁷ em Recurso Extraordinário nº. 430105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, onde o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ, diante da violação aos Arts. 2º, 5º, inciso XL e 98, inciso I da Constituição Federal, alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar a conduta prevista no Art. 16 da Lei 6.368/79 (antiga Lei Antidrogas).

Ademais, por força da promulgação do Art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, provocou o entendimento da Suprema Corte acerca de eventual extinção de punibilidade do fato (Art. 107, inciso III do Código Penal).

In casu, o STF aderiu a esta última corrente, ou seja, de despenalização do usuário, senão vejamos. Por ocasião de seu voto, o relator rechaçou o entendimento de Luiz Flávio Gomes, tendo em vista que traria sérias conseqüências ao ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, se tal entendimento fosse adotado, um menor de 18 anos poderia “cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma”.⁹⁸

Isso porque o Art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), legislação especial a qual os menores de idade estão submetidos, considera ato infracional apenas a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Ora, se fosse seguida a linha de raciocínio de Gomes e Sanches, como tal conduta não seria mais crime, tampouco contravenção, não haveria de se falar em ato infracional praticado pelo menor portador da droga para consumo.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.

⁹⁸ Ibid.

Pelo exposto, o relator demonstra-se convencido de que a conduta prevista no Art. 28 da Lei 11.343/2006, antes tratada no Art. 16 da Lei 6.368/1976, continua sendo crime e afastou, desde logo, “o fundamento de que o Art. 1º do D. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L. 11.343/06 criasse crime sem imposição de pena de reclusão ou detenção”.⁹⁹ Isso porque:

Nada impede, contudo, que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa de ‘privação ou restrição de liberdade’, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela ‘lei’ (CF/88, Art. 5º, XLVI e XLVII).¹⁰⁰

Não obstante, o I. Relator não considera que houve um despreço do legislador pelo rigor técnico, presunção esta que trata como excepcional. Reforça tal raciocínio, citando trecho do relatório do apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, relator do Projeto na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 7.134/02):

Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o **crime** do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas – Título IV.
[...]

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal.¹⁰¹

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ PIMENTA, Paulo. PRL-1 CCJR => PL-7134/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>>, p. 8 e 9. Acesso em: 15 set. 2010.

Outrossim, o Art. 48 e §§ da Lei 11.343/06 prevê expressamente a aplicação do rito processual dos crimes de menor potencial ofensivo, sendo possível, inclusive, a proposta de aplicação imediata de pena, em conformidade com o Art. 76, da Lei 9.099/95, bem como a prescrição em 2 anos da pretensão punitiva, de acordo com o Art. 30 da Lei de Entorpecentes.

Desse modo, resta-se inequívoco o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence quanto à despenalização da conduta do porte de drogas para uso próprio, previsto no Art. 28 da Lei 11.343/2006, ainda mais quando apresenta as seguintes conclusões:

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

[...]

O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda sim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, §3º; e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.¹⁰²

Tal entendimento foi também o adotado pelos Ministros Carlos Aires Britto, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio de Mello, fazendo com que o Acórdão fosse unânime e consubstanciado nos seguintes termos:

EMENTA:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.

disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.¹⁰³

Posto isso, segundo entendimento do STF, a conduta de portar drogas para uso próprio é considerada crime, não havendo de se falar, pois, em ocorrência de "*abolitio criminis*" ou descriminalização formal, sendo o usuário de drogas seria considerado um tóxico-delinquente. O que houve, em verdade, foi a mera redução da carga punitiva em razão das novas espécies de penas previstas: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

3.2. Da natureza jurídica da sanção imposta ao usuário de drogas

Acerca da polêmica instaurada sobre a natureza jurídica das sanções, ou seja, se seriam "penas", tal qual como previsto no §6º, ou "medidas", tratada no §1º do mesmo Art. 28, Luiz Flávio Gomes entende que seriam "medidas alternativas", pois:

De acordo com nossa opinião, são "penas alternativas", que não possuem, entretanto, o caráter "penal" (no sentido clássico). Logo, mais adequada é a denominação "medidas". Tudo que está previsto no Art. 28 configura "medidas alternativas" (à prisão).¹⁰⁴

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 159.

Sobre o mesmo assunto, o advogado Eduardo Neves, entende que a melhor expressão seria “medidas educativas”, isso porque:

Pena significa sanção aplicada como repressão a uma conduta típica e ilícita; um castigo. No caso em ponderação, não se trata de sanção aplicada como repressão; sequer, podemos adjetivá-la de sanção. Em verdade a natureza jurídica das “penas” (com a licença do aparente paradoxo) previstas no art. 28 é de medida educativa ou medida não-penal. Induvidosa postura minimalista de política criminal, nesta parte da lei.¹⁰⁵

Ademais, Neves entende ainda que a pena privativa de liberdade também é restritiva de direito, afinal de contas, *in casu*, há a restrição do direito de ir e vir do cidadão. Esta é a razão pela qual prefere utilizar a locução “penas alternativas”, em detrimento de “penas restritivas de direito”.

O doutrinador Cezar Roberto Bittencourt, em sua obra¹⁰⁶ de Direito Penal, também critica a denominação “restritiva de direitos”, preferindo a expressão “penas alternativas”, tendo em vista que, dentre as penas previstas no Art. 43 do Código Penal, somente uma poderia ser considerada como genuinamente restritiva de direitos: a interdição temporária de direitos (inciso V). As outras, segundo ele, têm outra natureza, citando, como exemplo, que a prestação de serviços à comunidade é restritiva de liberdade.

Contudo, em entendimento contrário àquele exposto por Luiz Flávio Gomes, Ana Luisa B. da Cunha entende que as penas alternativas, não obstante serem autônomas em relação às privativas de liberdade, conforme dispõe o Art. 44 do CP, têm natureza penal, haja vista que, *“quando aplicadas pelo juiz, na hipótese de não ter havido transação penal, e sim em sentença final condenatória, após o processo crime pelo rito sumaríssimo, são capazes de gerar as mesmas conseqüências de qualquer crime, como maus antecedentes, servir de pressuposto para reincidência, entre outros”*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28*. [on line]. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Vol 1. 9ª ed.* – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 498.

¹⁰⁷ CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. *A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário*. [on line]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070719122356384_a-nova-lei-de-drogas-e-o-tratamento-processual-dispensado-ao-usuario-parte-ii.html>. Acesso em: 19 ago.

3.3. Art. 290, CPM: antítese jurídica do Art. 28 da Lei Antidrogas.

O tratamento dado ao usuário de drogas é diferente quando o agente é militar. Conforme disposto no Art. 290 do Código Penal Militar, imputa-se a pena de reclusão de até 5 anos caso do militar seja flagrado portando drogas, ainda que para uso próprio, em lugar sujeito à administração militar de maneira desautorizada, senão vejamos:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão, até cinco anos.¹⁰⁸

Sendo assim, surge a questão se a Lei 11.343/2006 poderia ser utilizada ao militar pelo fato de ser mais benéfica, ou seja, por não prevê, ao contrário do que ocorre no CPM, a pena de prisão.

Sobre a questão, Damásio assim aborda:

Conforme noticiado no Informativo STF, n. 478, o Pretório Excelso decidiu que as alterações ocorridas no tratamento jurídico do porte de drogas para uso próprio (ou consumo pessoal) não se aplicam à legislação castrense, que, por seu caráter especial e tratamento constitucional peculiar (CF, art. 124, parágrafo único), permanecem inalteradas (HC n. 91.767, rel. Min. Cármem Lúcia, j. 4-9-2007): “A Turma indeferiu habeas corpus em que militar condenado à pena de reclusão pela prática do crime de posse de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense (CPM, art. 290) pleiteava a aplicação de pena alternativa, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006 ou a anulação da decisão proferida pelo STM, determinando-se nova instrução do feito, respeitado o procedimento da nova lei de drogas. Tendo em conta o cuidado constitucional do delito militar (CF, art. 124, parágrafo único), bem como a especialidade da legislação penal e da justiça militares, considerou-se legítimo o tratamento diferenciado conferido ao tipo penal militar de posse de entorpecente. Nesse sentido, asseverou-se que novos critérios legais que passem a reger com menor ou maior rigidez o crime comum de porte ilegal de substância entorpecente não afastam a incidência integral das normas penais castrenses, que apresentam circunstâncias especiais relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos para a aferição da tipicidade dos crimes militares.

2011.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De1001Compilado.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

Ademais, ressaltou-se que, na hipótese, a especialidade do foro militar para processar e julgar o paciente seria incontroversa, haja vista estarem presentes três elementos de conexão militar do fato: a) a condição funcional do paciente - ex-atirador do Exército; b) o tempo do crime - revista da tropa; e c) o lugar do crime - quartel, o que afastaria a aplicação da legislação penal comum”.¹⁰⁹

Entretanto, há ferrenhas críticas a tal entendimento, sob o argumento de que o CPM encontra-se defasado, necessitando das devidas adaptações, com vistas compactuar com o atual cenário mundial. Sobre tal questão, De Oliveira, apesar de reconhecer que o militar deva ser punido de acordo com o Código Penal Militar, tem o seguinte entendimento:

No âmbito da lei 11.343/06, o legislador preocupou-se, com a questão relativa à reinserção social dos usuários e dependentes de droga. Assim a Lei visa proporcionar, com do desempenho de um conjunto de atividades, para que estes indivíduos e seus respectivos familiares tenham uma melhor recuperação e dêem a este coletivo humano uma melhoria na sua qualidade de vida.

Já a lei militar não se preocupa com tais aspectos tendo em vista que a realidade histórica em que foi promulgado o Código Penal Militar não se vislumbrava um cenário como o de hoje, onde a droga, em todos os meios sociais, representa uma questão de saúde pública. A norma penal militarconcernente ao combate de drogas não sofreu as devidas adaptações e por conta disso tornou-se obsoleta e de certa forma injusta.¹¹⁰

Pelo exposto, o mesmo autor chega à conclusão de que cabe uma revisão no tocante ao art. 290 do CPM, frente ser uma norma defasada, ou a aplicação da lei 11.343/06, para os militares, no caso de usuários de droga (Lei Nova Mais Benéfica). Tais ações podem contribuir para que a sanção aplicada pela justiça militar esteja em maior consonância com a Constituição Federal de 1988.¹¹¹

¹⁰⁹ JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas anotada / Damásio de Jesus – 10. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

¹¹⁰ DE OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *Justiça Militar da União: Estudo comparado entre o artigo 290 do Código Penal Militar e a lei nº 11.343/06, à luz da Constituição Federal de 1998.* [on line]. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5190.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010.

¹¹¹ Ibid.

CONCLUSÃO

Deste modo, por tudo que fora exposto no presente trabalho, verificou-se que o uso de drogas é algo que ocorre desde os primórdios da humanidade, conquanto seu efetivo debate na sociedade só tenha ocorrido no final do Século XIX, sendo que somente em 1912, houve um início ao controle internacional de drogas, Primeira Convenção Internacional do Ópio.

Desde então, várias foram as medidas adotadas no decorrer da história para combater este mal, destacando-se o modelo proibicionista e repressivo norte-americano, que acabou por influenciar a política criminal anti-drogas de diversos países. Contudo, tal medida demonstrou-se – e continua demonstrando - ser inefetiva no que tange à solução do problema, razão pela qual novas soluções foram buscadas, tais como: modelo de redução de danos, justiça terapêutica e medidas alternativas, dentre as quais se destaca a total descriminalização do usuário.

A partir deste enfoque, com a edição da nova Lei Anti-drogas nº 11.343/2006, que veio a substituir as confusas legislações que tratavam sobre o assunto – Leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002 –, passou-se a discutir na doutrina se o legislador, ao retirar a pena privativa de liberdade no Art. 28, acabou por despenalizar ou descriminalizar a conduta da posse de drogas para consumo próprio.

Conforme se verificou, há duas correntes que travam uma discussão acerca da natureza jurídica do Art. 28. Uma, liderada por Luiz Flávio Gomes, entende que houve descriminalização da conduta de usuário, enquanto que a outra, adotada por renomados autores, como: Damásio Evangelista de Jesus, Vicente Greco Filho, Fernando Capez, Guilherme Souza Nucci, dentre outros, e, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, a interpreta no sentido de que houve despenalização.

Ademais, há uma abrangente discussão se as sanções ressocializadoras previstas no Art. 28 são consideradas penas ou medidas, tratadas, respectivamente, nos parágrafos sexto e primeiro do mesmo comando legal.

Não menos importante, é fundamental demonstrar a finalidade do legislador ao editar a lei, que, ao prever tal inovação, deu ensejo ao debate, não só doutrinário, mas também na sociedade, sobre o acerto ou equívoco, avanço ou retrocesso desta nova norma, verificando-se, para tal, se o Brasil está em consonância com as medidas adotadas em outros países.

Com a adoção da política de redução de danos em detrimento da proibicionista norte-americana utilizado pelas leis anteriores, verificou-se que o legislador brasileiro anseiou afastar-se das fracassadas e preocupantes estatísticas deste último modelo, buscando novas alternativas para solução da problemática das drogas. Contudo, apesar da evolução legislativa, Eduardo Neves entende que:

Era a oportunidade para destipificar a conduta praticada pelo usuário e/ou dependente de drogas. O Estado não pode, a pretexto de estar salvaguardando direitos supra-individuais, invadir a esfera de intimidade do cidadão. A ingerência do Estado vai de encontro ao princípio constitucional da intimidade.¹¹²

Sendo assim, considera que o artigo 28 deva ser declarado inconstitucional, pois fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CF), bem como um dos objetivos fundamentais previstos no Art. 3º, qual seja: a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (inciso I).

Em suma, a adoção da política preventiva em relação ao usuário de drogas, em detrimento da política repressiva prevista na antiga lei, consistiu em uma importante evolução legislativa, haja vista que os moldes anteriormente adotados não resolviam o problema que se dispôs a enfrentar, qual seja, pôr um fim no consumo de drogas e, conseqüentemente, ao tráfico de entorpecentes. Pelo contrário, trouxe uma série de problemas à sociedade.

¹¹² NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28*. [online]. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

Em razão disso, Neves considera que o melhor teria sido descriminalizar a conduta, eis que não há perigo concreto de lesão ao bem jurídico, inexistindo resultado jurídico relevante, ou seja, o usuário deve ser tratado como vítima de todo este processo, devendo receber ajuda ao invés de punição.

Tanto é assim que alguns doutrinadores, dentre eles Maria Lucia Karam e o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, já defendem a idéia de que não se trata de questão de saúde pública, e sim do próprio campo da intimidade do usuário, sendo incabível, portanto, qualquer tipo de medida repreensiva do Estado, sob pena de se ferir o Princípio da Alteridade (ou Transcendentalidade).

Mantendo a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei 11.343/06 repete as violações ao princípio da lesividade e às normas que, assegurando a liberdade individual e o respeito à vida privada, se vinculam ao próprio princípio da legalidade, que, base do Estado de direito democrático, assegura a liberdade individual como regra geral, situando proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros.¹¹³

A perspectiva da descriminalização do usuário é considerada pragmática, humana e respeitadora das liberdades individuais, e está baseada em fortes argumentos. Nos países estudados, a opção por essa política mostrou-se corajosa, acima de tudo, pois contrariou a interpretação literal dos tratados internacionais de drogas, e impôs modelos de controle não penais sobre o usuário, ainda que mantendo a proibição na esfera administrativa.¹¹⁴

A questão é de fato polêmica, mas merece uma urgente análise para o seu solucionamento. Contudo, a descriminalização do uso de drogas já é algo bastante atual e que vem ocorrendo em alguns países da Europa Ocidental, servindo de modelo para outros países do mundo. O Estado não pode mais continuar intervindo sobre as condutas inerentes à vida privada do cidadão, tendo

¹¹³ KARAM, M. L. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Texto publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP. Disponível em: <<http://coletivodar.files.wordpress.com/2009/07/aleide2006-marialuciakaram.doc>>. Acesso em: 20 set. 2011.

¹¹⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 90.

em vista que estas não afetam concretamente direito de terceiros, sendo o sujeito livre para fazer o que bem entender.

Desta feita, infere-se que tal medida de descriminalização é aquela que deva ser adotada no futuro, ainda que seja necessário um longo período para o amadurecimento de tal idéia. Ademais, não se deve olvidar, todavia, de realização de incessantes pesquisas e estudos com vistas a extirpar tamanho mal da humanidade.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Marcos. *A política de substituição e a psicanálise: seria essa política um tráfico do Nome-do-Pai*. In: BAPTISTA, CRUZ, MATIAS (Org.). *Drogas e Pós-Modernidade: faces de um tema proscrito*. V. 2. Rio de Janeiro: UERJ/FAPERJ, 2003, p. 219-221. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal*. [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, 1997.

BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol 1. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira*. [on line]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 9 set. 2011.

CABALLERO, Francis; BISIQU, Yann. *Droit de la drogue*. Paris: Dalloz, 2000, p. 111-116. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

CAPEZ, F. *Notas breves sobre a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006)*. Complexo jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_001_2007&category_id=432>. Acesso em: 05 abr. 2010.

CARIO, R. *Introduction aux sciences criminelles*. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 121. In: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120 – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

CRUZ, Ana. *As Conseqüências das Drogas*. TÍTULO ORIGINAL: *Por Que Falar De Drogas?* Publicado no Recanto das Letras, em 31/10/2008 [on line]. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/discursos/1257376>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. *A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário*. [on line]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070719122356384_a-nova-lei-de-drogas-e-o-tratamento-processual-dispensado-ao-usuario-parte-ii.html>. Acesso em: 19 ago. 2011.

DE CARVALHO, José Theodoro Corrêa. *Descriminalização das drogas: será o que a sociedade quer?* [on line]. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=2524&Itemid=93>. Acesso em: 30 out. 2010.

DE OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *Justiça Militar da União: Estudo comparado entre o artigo 290 do Código Penal Militar e a lei nº 11.343/06, à luz da Constituição Federal de 1998*. [on line]. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5190.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema das penas*. São Paulo: RT, 1998, p. 266. In: NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28*. [on line]. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova Lei sobre drogas. Lei nº 11.343/06 Comentada*. Campinas: Russel Editores, 2006.

GIACOMINI, Eduarda. *A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 62, 01/03/2009 [on line]. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>.
Acesso em 19 set. 2011

GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 2.ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, L. F. *Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário.* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1141, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8790>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 12 dez. 2006. In: BATISTA, Claudinei José. *Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 Da posse de drogas para consumo pessoal.* [on line]. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/view/56/56>>. Acesso em: 18 out. 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Imputação objetiva e os crimes de entorpecentes.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial / volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco.* 5 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas anotada / Damásio de Jesus – 10. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Apud JESUS, Damásio E., *Direito Penal, Parte Geral, vol. I.* Editora Saraiva, 2002, p. 52.

KARAN, M. L.. *Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

KARAM, M. L. *Entrevista especial de aniversário – Maria Lúcia Karam.* [on line]. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2010/06/entrevista-especial-de-aniversario-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 17 set. 2011.

KARAM, M. L. *Entrevista - Maria Lúcia Karam.* [on line]. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI5372-15223,00->>

MARIA+LUCIA+KARAM+PROIBIR+AS+DROGAS+E+INCONSTITUCIONAL.html>. Acesso em: 19 set. 2011.

KARAM, M. L. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Texto publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP. Disponível em: <<http://coletivodar.files.wordpress.com/2009/07/aleide2006-marialuciakaram.doc>>. Acesso em: 20 set. 2011.

LEMOS, Tadeu. *Ações e Efeitos das Drogas de Abuso*. In: *Prevenção ao uso indevido de drogas/ Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos*. – Curitiba: SEED – Pr., 2008. – (Cadernos temáticos dos desafios educacionais contemporâneos, 3).

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Ricardo Ubaldino Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006*. [on line]. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->>. Acesso em: 2 set. 2011.

NEVES, Eduardo Viana Portela. *A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28*. [on line]. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

PIMENTA, Paulo. PRL-1 CCJR => PL-7134/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120 – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74. In: RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 165. In:

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícita: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

SMITH, Peter H. El combate a las drogas en América - Peter H. Smith (compilador) - Prólogo de Hugo B. Margáin. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

SOUZA, L. G. de. *Breves considerações acerca da abolitio criminis*. Pesquisa Direito, São Paulo. 04 ago. 2006. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/b_c_abolitio_criminis.htm>. Acesso em: 26 mai. 2010.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A nova lei antidrogas – Lei 11343/2006*. Impetus, Niterói, 2006.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 2ª ed.* Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 – (RT Didáticos).

LEIS

BRASIL. Decreto nº. 2.994, de 17 de Agosto de 1938. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/legis/decreto_lei/891_38.htm>. Acesso em: 02 set. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei 891, de 25 de Novembro de 1938. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 set. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de Dezembro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 02 set. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>>. Acesso em 01 nov. 2010.

BRASIL. Lei nº. 6.368, de 21 de Outubro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 10 set. 2010;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 Jun. 2011.

BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 abr. 2011.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.