



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS

RENATA CAIXETA LARANJEIRAS

**O USUÁRIO DE DROGAS NA NOVA LEI DE TÓXICOS
11.343/2006**

Brasília
2012

RENATA CAIXETA LARANJEIRAS

**O USUÁRIO DE DROGAS NA NOVA LEI DE TÓXICOS
11.343/2006**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília
2012

Laranjeiras, Renata Caixeta

Usuário de Drogas na Nova Lei de Tóxicos 11.343/2006 – Brasília: O autor, 2012.

50 f.

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

1. Entorpecentes e o direito penal. 2. Usuário de entorpecentes. 3. Tratamento penal dado ao usuário de drogas.

I. Usuário de Drogas na Nova Lei de Tóxicos 11.343/2006

RENATA CAIXETA LARANJEIRAS

**O USUÁRIO DE DROGAS NA NOVA LEI DE TÓXICOS
11.343/2006**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília – DF 2012

Banca Examinadora

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Orientador

Prof. Humberto Fernandes de Moura

Examinador

Prof. José Carlos Veloso

Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Marcus Vinícius Reis Bastos, pelo apoio e orientação que me deu para a realização desta monografia.

Agradeço também aos meus pais, em especial minha mãe, por todo suporte, ao meu namorado pela paciência e pela ajuda prestada durante essa etapa e por fim agradeço as minhas amigas por toda motivação dada durante a elaboração deste trabalho.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar o usuário de drogas na Lei 11.343/2006, especificamente o artigo 28, bem como a possibilidade de descriminalização da conduta do mesmo. Apesar de não ter mais pena privativa de liberdade para quem consome drogas, a conduta continua sendo considerada crime. Também será analisado quem é dado como usuário levando em consideração a quantidade de drogas apreendida. E por fim, será feito um estudo sobre o tratamento penal aplicado ao usuário, divergências doutrinárias a respeito da descriminalização e despenalização da conduta do usuário, suas vantagens e desvantagens, a proibição do uso e os princípios da pena, incluindo o princípio da insignificância. A discussão sobre o assunto é de suma importância visto que atualmente foi elaborado um anteprojeto no Senado Federal que tem como análise a descriminalização da conduta do usuário, dando a este tratamento ao invés de pena.

Palavras-Chave: Drogas. Usuário de Drogas. Conduta do usuário. Descriminalização. Despenalização. Pena.

ABSTRACT

This monograph aim to analyze the drug user according to the law 11.343/2006, specifically the article 28, as well the possibility of its decriminalization. Even tough there isn't a custodial sentence to the ones that consume drugs, this conduct still considered crime. It will also be analyzed who is considered user according to the quantity of drugs in its possession. It will be studied the legal treatment applied to the user, doctrinal discussion about the decriminalization of the drug user conduct, its advantage and disadvantages to the forbidden of drug use, the penalty principles including the insignificance principle. The discussion is very important because it has been elaborate a law project at the Brazilian congress that will analyze the decriminalization of the drug user conduct treatment instead of penalty.

Key words: Drugs. Drugs user. User Conduct. Decriminalization. Penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ENTORPECENTES E O DIREITO PENAL.....	11
1.1 Definição da palavra Droga.....	11
1.2 Evolução Histórica da Legislação Antidrogas.....	12
1.3 Política Criminal Antidrogas no Brasil.....	16
1.4 A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Tóxicos – E os aspectos gerais referentes ao usuário.....	17
1.5 Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.....	20
2 USUÁRIO DE ENTORPECENTES.....	21
2.1 Resposta Penal Prevista para o Usuário de Drogas.....	21
2.2 A Política Trazida pela Lei 11.343/2006.....	24
2.3 Objetivo do Artigo 28 da Lei 11.343/2006.....	26
2.3.1 Sob a ótica do Direito Penal Máximo.....	26
2.3.2 Sob a ótica do Direito Penal Mínimo.....	27
2.3.3 Sob a ótica do Garantismo.....	28
2.4 O Proibicionismo da Conduta Relacionada as Drogas.....	29
3 TRATAMENTO PENAL DADO AO USUÁRIO DE DROGAS.....	31
3.1 A descriminalização e a despenalização.....	31
3.2 Processo de Descriminalização.....	32
3.3 A Política Proibicionista do uso de drogas.....	35

3.4 A descriminalização das drogas para uso pessoal.....	36
3.5 Vantagens e Desvantagens da Descriminalização.....	38
3.6 Princípios Penais Aplicáveis.....	40
3.6.1 Princípio da Individualização da Pena	40
3.6.2 Princípio da Proporcionalidade	41
3.6.3 Princípio da Humanidade	42
3.6.4 Princípio da Isonomia ou da Igualdade	43
3.6.5 Princípio da Insignificância	43
3.7 Decisão do STF em relação ao Consumo Próprio de Drogas	44
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O objeto principal do presente trabalho monográfico é a discussão acerca do usuário de drogas, a descriminalização ou não de sua conduta, bem como, quem será considerado usuário devido a quantidade de drogas encontrada e as circunstâncias concretas. Dessa forma este trabalho tem como objetivo analisar, mais precisamente, o artigo 28 da Lei 11.343/2006, o qual se refere ao usuário de drogas.

Esse tema tem sido motivo de diversas discussões entre juristas desde o início da vigência da lei antidrogas, pois ao aplicar penas alternativas ao usuário de substâncias ilícitas ao invés de penas privativas de direito, existe a dúvida se há ou não a descriminalização da conduta deste usuário, pois para alguns doutrinadores se não tem pena privativa de liberdade não pode considerar a conduta um crime, mas a legislação continua afirmando que esta conduta é sim crime e que não houve descriminalização da conduta do usuário de drogas.

O interesse do tema surgiu ao verificar a quantidade de usuários de drogas, sendo um problema enfrentado pela sociedade que fere a saúde pública, apesar das prisões estarem lotadas de presos por esse ato que não conseguiram provar que a droga apreendida era apenas para consumo pessoal. A problemática, no entanto, é qual será a quantidade apreendida para o indivíduo ser considerado usuário e se esta conduta deverá ou não ser considerada crime.

Serão demonstradas, por uma análise doutrinária e jurisprudencial, os dispositivos da Lei 11.343/2006 e os motivos os levaram o legislador a retirar a pena privativa de liberdade para os usuários de drogas.

A monografia está dividida em três capítulos, para uma melhor abordagem do tema. Inicialmente, no capítulo primeiro, será abordado o conceito de drogas, bem como aspectos sobre a legislação antidrogas no Brasil, desde as Ordenações Filipinas até o atual diploma legal. Também será feita uma breve análise sobre a política criminal adotada pelo Brasil, a qual busca a humanização da execução penal. Prosseguindo serão analisados os aspectos principais da Lei

11.343/2006 com foco no usuário de drogas e a atuação do órgão SISNAD que surgiu a partir da lei antidrogas.

O capítulo segundo tratará acerca da figura do usuário de drogas, analisando se a droga encontrada com o indivíduo será para consumo pessoal e quem é o usuário. Explicará a resposta penal prevista para o usuário de drogas, também a política trazida pela nova lei de drogas para aplicar a esta conduta. Será exposto a visão do usuário sob o direito penal máximo, o direito penal mínimo e o garantismo. Ficará evidenciado a política do proibicionismo das condutas relacionadas as drogas principalmente a conduta do usuário.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordado o tema principal e mais polêmico deste trabalho. Primeiramente será realizado um breve estudo sobre o tratamento penal dado ao usuário. As divergências entre juristas se há ou não a despenalização ou a descriminalização da conduta do usuário, a proibição das drogas, o processo de descriminalização das drogas para uso pessoal, que é trazido a partir do anteprojeto do Novo Código Penal, suas vantagens e desvantagens, alguns princípios da pena, incluindo o princípio da insignificância, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao usuário de drogas.

Por último, cabe salientar que o usuário de drogas é um tema que merece atenção, haja vista ter atualmente um anteprojeto no Senado para que a conduta do usuário seja descriminalizada, mas não legalizando as drogas consideradas hoje como ilícitas.

1. Entorpecentes e o Direito Penal

1.1 Definição da palavra Droga

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a palavra droga como: “toda substância que, introduzida num organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções” .¹

Tendo como base essa definição é possível perceber o quanto é amplo o conceito da palavra “drogas”. Compreendendo assim, tanto substâncias lícitas, quanto as ilícitas.

As drogas são classificadas em dois tipos, as lícitas que circulam livremente no comércio e as ilícitas cuja comercialização é proibida por lei.²

No Brasil considera-se a palavra droga, tanto para indicar medicamentos, quanto para citar no ordenamento jurídico substâncias consideradas como ilícitas.

Maria Lúcia Karam define a partir do desenvolvimento do conceito de drogas estabelecido pela OMS:

“[...] definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso continuado, um estado de dependência física ou psíquica.
[...] pode-se entender por dependência psíquica o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância, para provocar prazer ou evitar o mal-estar provocado por sua falta, caracterizando- se a dependência física pelo estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, conhecidos como síndrome de abstinência, decorrente da interrupção da ingestão regular da substância em questão, também devendo se destacar o fenômeno da tolerância, entendido como o estado de adaptação orgânica, caracterizado pela necessidade de utilização de doses cada vez maiores de uma droga, para manutenção do efeito inicial.”³

Sendo assim a dependência causada pela droga ao corpo humano não define por si só a licitude ou ilicitude de uma substância, já que droga tem a classificação como substância permitida ou proibida.

Por outro lado, Amaury Silva, para efeitos legais o conceito de drogas é:

¹ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26.

² KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 27.

³ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26.

“O material que tiver em condição inata componente capaz de produzir a dependência física ou psíquica e também, o material que manipulado, preparado, fabricado, modificado, desenvolvido, misturado, enfim, que seja deslocado de sua essência por qualquer atividade, mesmo que através de outros elementos ou por causa dessa aproximação, puder provocar dependência.”⁴

Sendo assim para Amaury Silva o vocábulo droga costuma ser usado para indicar substâncias nocivas a saúde, por isso droga seria qualquer substância usada fora do controle de maneira abusiva.

Foi feito um ajuste na nomenclatura da lei, passando de entorpecente para droga a forma de mencionar substância que causa dependência, o que foi de extrema importância conforme demonstra Marcelo Lemos Dornelles:

“Pela lei anterior, somente poderiam ser consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica, aquelas que, previamente, tivessem sido especificadas em lei ou relacionadas pela Agência nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (portarias ou resoluções). Tratava-se, portanto, de norma penal em branco em que a conduta incriminada era parcialmente descrita, pois necessitava de complemento para dar vida e exequibilidade ao preceito. (...) Essa troca de termos se deve principalmente por que a Organização Mundial de Saúde considerou os termos “toxicomania, hábito e entorpecentes” impróprios e preferiu adotar as expressões “dependência” e “drogas que determinem dependência”. Com isso, a nova lei corrigiu equívoco conceitual e metodológico, não mais classificando drogas como entorpecentes, que, na verdade, é apenas um dos tipos de drogas.”⁵

Quanto a este trabalho, as drogas em referência, serão as que a lei classifica como proibidas, ou ilícitas.

1.2 Evolução Histórica da Legislação Antidrogas

Para darmos início ao estudo da lei de drogas, Lei 11.343/2006, é necessário fazer um breve histórico do ordenamento jurídico brasileiro das leis que a antecederam.

De acordo com Vicente Grego Filho, a primeira legislação que abordou o tema no Brasil está nas ordenações Filipinas:

⁴ SILVA, Amaury. Lei de Drogas anotada: Lei no. 11343/ 2006. Leme: J. H. Mizuno, 2008. 48p.

⁵ WEDY, M.T. (Org.); CALLEGARI, André Luís (Org.). et al. Lei de drogas aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, v. 1. 213/214p.

“Podemos encontrar a origem da preocupação da legislação brasileira em relação ao tóxico nas ordenações Filipinas em 1603. O Código criminal do Império não tratou da matéria, mas o regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da política sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.”⁶

A primeira legislação brasileira que punia o uso e comércio de drogas foi das Ordenações Filipinas, em seu título 89, a qual disciplinava que: “Ninguém tenha em casa rosalgar, nem a venda, nem outro material venoso”.⁷

O Código Criminal do Império (1830) não abordou somente a matéria de drogas, mas o Regulamento de 1851 aprofundou o assunto ao tratar da política sanitária e do comércio de substâncias medicinais.⁸

Com o Código Penal Republicano de 1890 consolida no Brasil seu primeiro diploma legal incriminador. Mesmo com a legislação proibindo o uso e a venda de substâncias “venenosas”, não foi o suficiente para combater a onda toxicomania existente no país a época.⁹

Com isso na tentativa de evitar tais condutas, alguns atos normativos foram editados, tais como, o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921 e o Decreto nº 24.505 de julho de 1934, determinando as substâncias que seriam proibidas.

Nesse mesmo período foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, tendo como objetivo concentrar todos os diplomas legais já criados em um só. Surgindo assim, a Consolidação das Leis Penais de 1932 fixando normas gerais sobre a fiscalização e repressão do uso e do tráfico de entorpecentes.¹⁰

O Decreto Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, inspirado na Convenção de Genebra de 1936, que teve como objetivo dar maior ênfase aos acordos internacionais a respeito das drogas, mostrou quais eram as substâncias consideradas entorpecentes, impôs regras para o uso e o comércio, equiparando as condutas dos traficantes aos usuários.¹¹

⁶ GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas anotada: Lei no. 11343/ 2006. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

⁷ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

⁹ GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

A partir de 1940 o Código Penal, de acordo com Salo de Carvalho começou a tratar do modelo “proibicionista sistematizado”, com a finalidade de diminuir o comércio e o uso de drogas.¹²

Desde esse momento histórico já se falava na descriminalização do uso, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência majoritária da época, já observavam que só se punia os comerciantes de drogas, não puniam quem usava essa drogas.

Foi que surgiu o Decreto Lei 385/68 modificando o artigo 281 do Código Penal criminalizando a conduta do usuário de drogas, sendo aplicada a este a mesma pena dada ao traficante.¹³

O artigo 281 do Decreto Lei 358/68, após três anos de sua vigência, foi novamente alterado pela Lei nº 5.726/71 que tratou de medidas repressivas e preventivas ao uso e tráfico de drogas. Salo de Carvalho afirma que a mudança trata da conduta do usuário como dependente e a do traficante delinquente.¹⁴

Mesmo com toda alteração das leis, que inibem o consumo e o tráfico de drogas, continuava difícil o combate a essas substâncias, pois os meios de violação das leis também cresciam. Foi quando a última Lei vigente na época foi substituída pela Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976, colocou em artigos distintos a conduta do usuário e do traficante.

A doutrina¹⁵, à época considerou um sucesso a Lei 6.368/76, pois foi quando iniciou de fato atividades de repressão e prevenção ao tráfico e o uso de substâncias entorpecentes.

Apesar de todo o sucesso que essa última lei teve, principalmente por tratar diferencialmente o traficante do usuário, com o passar do tempo a mesma já não era o suficiente para reduzir a criminalidade:

“A legislação antidrogas anterior (Lei 6.368/76) há muito estava a reclamar modificações em sua concepção com relação àquelas condutas que causam danos sociais a justificar a aplicação dos meios tradicionais de pena (prisão e multa), separando de forma mais racional aquelas situações em que a conduta do

¹² CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

¹³ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19.

¹⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. Nova Lei sobre drogas: Lei no. 11.343/2006 comentada. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2006, p. 26.

agente se volta mais contra ele próprio do que contra a sociedade, daquelas em que, ao contrário, o agente, cria um risco real, para a saúde pública em geral e, além disso, fomenta uma série de atividades criminosas que se desenvolvem no entorno do comércio de substâncias entorpecentes ilícitas.”¹⁶

Depois de toda evolução histórica, nova lei foi criada 10.409/2002, que teve uma péssima qualidade na definição de crime. Dessa forma a anterior legislação transformou-se em uma verdadeira mistura do direito, a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, a de 2002.

A situação da legislação antidrogas ficou definida como:

“a) no aspecto penal, a Lei n. 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos arts.12 a 17, bem como a causa de aumento previsto no art.18 e a diretamente estabelecida pelo artigo 19, ou seja, todo o Capítulo III dessa lei;
b) na parte processual, a Lei n. 10.409/2002, estando matéria regulada nos seus Capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal).”¹⁷

O Brasil passou a elaborar uma nova lei inteira, pois estava diante de um caos legislativo. Foram revogadas as Leis 10.409/02 e 6.368/76, instituindo a Lei 11.343/06 de 23 de agosto de 2006, caracterizada por ser um diploma legal e inovador, distinguindo-se das que a antecederam.

1.3 Política Criminal Antidrogas no Brasil

Antes mesmo de falar especificadamente da política de drogas voltada para o usuário, faz-se necessário mencionar conceitos dados por doutrinadores ressaltando a importância da política criminal no Brasil.

A política criminal vem da política jurídica, que tem como função básica a busca do direito certo para cada época, de acordo com os costumes e características de cada povo em sua época.¹⁸

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, afirmando que política criminal é:

¹⁶ SOUZA, Sergio Ricardo de. A Nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006): Comentada e Anotada. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 2-3.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 697.

¹⁸ LEAL. João José. Tráfico de Drogas e Controle Penal: Nova Política Criminal e Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico Ilícito de Drogas. Revista IOB de Direito Processual Penal, nº 43 - Abril/Maio 2007, p. 39.

“[...] 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 iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.”¹⁹

A busca pela humanização da execução penal em sociedades mais desenvolvidas é uma das características fundamentais no que tange política criminal.

Luiz Flávio Gomes explica que há, pelo menos, quatro tendências mundiais de políticas criminais no tocante às drogas.²⁰

O doutrinador cita que o primeiro modelo é o norte americano, há tolerância zero quanto ao consumo e comércio de drogas. Determinam que a forma de resolver esse problema das drogas é necessário o encarceramento de todos os envolvidos com entorpecentes. Críticas são feitas a esse modelo, pois não dificulta o acesso ao usuário, nem diminui a criminalidade e sim acarreta a superlotação no sistema carcerário. A ONU se posicionou quanto a este modelo, defendendo que a liberação total das drogas seria mais drástico do que a total repressão.²¹

O segundo modelo é o liberal radical, defendendo a total liberação das drogas. Fundamentando-se em que só iria para a prisão as classes menos favorecidas.

O terceiro modelo é do sistema Europeu, que é o da “redução de danos”, defendendo a descriminalização gradual das drogas, controlando a educação, ressocializando o usuário e o reinserindo na sociedade, tratando o problema das drogas um problema de saúde pública.²²

O quarto modelo é o da justiça terapêutica que realiza o tratamento do usuário e dependentes.

Dentro do modelo de política criminal, existe a política de redução de danos, que trata de redução dos danos causados a saúde em consequência dos riscos apresentados pelas drogas, sendo assim, uma estratégia de saúde pública. Esta política é direcionada a pessoas que já tiveram o contato com a droga na forma de usuários. Segundo a autora Elisângela Melo Reghelin:

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²⁰ GOMES. Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

²¹ GOMES. Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

²² CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

“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.”²³

Consiste então em uma redução do uso de drogas e não sua imediata interrupção, até que se chegue na total abstinência, é um controle médico sanitário sobre drogas.

Então, apesar de não ter mais como pena a prisão do usuário de drogas, a Lei 11.343/06 manteve a postura proibicionista do mercado de drogas.

1.4 A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Tóxicos – e os aspectos gerais referentes ao usuário

A Lei 11.343/06 tem como principal importância a unificação da legislação antidrogas no Brasil, pois revogou as duas leis anteriores, 6.368/76 e 10.059/02.

Luiz Flávio Gomes, menciona que a Lei 11.343/06 pois alguns pontos em destaque:

“[...] (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o traficante ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimento e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.”²⁴

A Lei 11.343/06 estabeleceu normas para reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes, mas também diferenciou o usuário do traficante.

O artigo 28, caput, da Lei 11.343/06 traz o conceito de usuário: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo

²³ 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.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

peçoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”²⁵

É importante definir quem é o usuário. Luiz Flávio Gomes ao tratar da Nova Lei, mostra seu posicionamento em relação ao usuário:

“[...] para fins penais, entende-se por usuário de drogas (doravante) quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida (...) o usuário não se confunde de modo algum, com o traficante financiador do tráfico.”²⁶

O tratamento dado ao usuário foi totalmente modificado, não sendo possível submeter o mesmo a penas privativas de liberdade, prevendo apenas advertências sobre os efeitos das drogas, tais como, prestação de serviços a comunidade, medidas educativas de cursos, sempre focando na ressocialização do mesmo.

De acordo com Salo de Carvalho, diferenciar o usuário de drogas do traficante, recai:

“[...] o discurso jurídico que define o estereótipo criminoso, passando a serem considerados como corruptores da sociedade. Sobre o consumidor, devido a sua condição social, incidiria o discurso médico consolidado pelo modelo médico-sanitário em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.”²⁷

O usuário de drogas passa a receber advertências ao invés de penas privativas de direito. Passando o usuário a ter advertências, para alguns autores como Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, já que a pena deve ter finalidade preventiva, ou repressiva e a advertência não possui nenhuma destas finalidades, para eles o usuário não recebe mais uma pena, mas a doutrina majoritária diz que se trata sim de pena.²⁸

Outra alteração foi na mudança da nomenclatura, passou de “substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica”,

²⁵ 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.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.111.

²⁷ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. Lei de Drogas: 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. SP:Método, 2008, p. 57.

utilizada na antiga lei, para o termo “drogas” que tornou-se mais amplo. Ficando assim, droga qualquer substância manipulada pelo homem, aplicada ou ingerida, que causam alterações físicas, afetando a saúde.

No que diz respeito a Nova Lei Antidrogas em seu artigo 28, Clarissa Helena menciona sobre a descriminalização da conduta do usuário, que também foi uma modificação extremamente significativa que teve:

“Em relação ao usuário e/ou dependente de drogas, a nova lei de tóxicos não mais prevê a pena de prisão. Isso significa descriminalização, legalização ou despenalização da posse de droga para consumo pessoal? A resposta é a “descriminalização”, ou seja, a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser “crime”.

Mas a conduta descrita continua sendo ilícita ou que significa que houve a descriminalização, mas não a legalização. São coisas bem diferentes: Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime.

O fato continua sendo ilícito (proibido), porém, exclui-se a incidência do direito penal, deixa de ser punível (do ponto de vista penal). Passa a ser um ilícito administrativo ou de outra natureza. Na legalização o fato é descriminalizado e deixa de ser ilícito, ou seja, passa a não ser objeto de qualquer tipo de sanção. A venda de bebidas alcoólicas para adultos, hoje, está legalizada (não gera nenhum tipo de sanção: civil ou administrativa ou penal).”²⁹

Ou seja, essa mudança foi a maior que teve até o dado momento, pois antes o usuário era equiparado ao traficante, agora cada um tem um artigo na lei e o usuário foi favorecido por não ter mais pena privativa de liberdade, que também já foi um avanço.

1.5 Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD

O SISNAD, Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, foi instituído pela Lei 11.343/06. É composto por órgãos e entidades da administração Pública exercendo atividades de prevenção, cuidado e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, também reprimem o uso, o tráfico e a produção.

Alguns princípios a serem seguidos pelo SISNAD está em seu artigo 4º, a autonomia da vontade e liberdade, reconhecendo-os como direitos fundamentais da pessoa humana. Estes princípios, que foram uma grande evolução na legislação, referem-se aos usuários. Em relação ao traficante deverá manter a

²⁹ SCHNEEDORF NOVI, Clarissa Helena. Os efeitos da descriminalização das drogas. Disponível em <www.atitudedfm.com.br>. Acesso em 20 de março de 2012.

repressão.³⁰

O órgão SISNAD é encarregado de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e, também com a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.³¹

O órgão SISNAD é de extrema importância para auxiliar a lei 11.343/06, principalmente em relação ao usuário, pois este serve como auxílio nos meios de aplicação das medidas que serão impostas depois que o indivíduo for encontrado com substâncias ilícitas, drogas.

2. Usuário de Entorpecentes

³⁰ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

³¹ BRASÍLIA. Legislação do SISNAD. Disponível em www.camara.gov.br Acesso em: 21 de maio de 2012.

A OMS, Organização Mundial da Saúde, adota seguinte classificação para pessoas que utilizam substâncias psicoativas:

“O não usuário: nunca utilizou. Usuário leve: utilizou drogas, mas no último mês o consumo não foi diário ou semanal. Usuário moderado: utilizou drogas semanalmente, mas não diariamente no último mês. Usuário pesado: utilizou drogas diariamente no último mês. Segundo considerações de saúde pública, sociais e educacionais, uma publicação da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) distingue entre quatro tipos de usuários: usuário experimental ou experimentador: limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão de grupo etc. Na grande maioria dos casos, o contato com drogas não passa das primeiras experiências. Usuário ocasional: utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais. Usuário habitual ou “funcional”: faz uso frequente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda “funciona” socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência. Usuário dependente ou “disfuncional” (dependente, toxicômano, farmacodependente, dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral”³²

2.1 Resposta Penal Prevista para o Usuário de Drogas

Além do aumento no consumo das drogas já existentes, surgiram drogas sintéticas, feitas em laboratório, igualmente danosas ao indivíduo. Exigindo assim a busca de soluções para desenfrear o aumento do seu uso.

A Lei 11.343/2006 vem para modificar a maneira de lidar com o tráfico ilícito de entorpecentes, sendo mais severa com condutas criminosas, deixando transparecer a conduta proibida, bem como aplicando um novo tratamento penal aos usuários e dependentes de entorpecentes.

O padrão em relação aos usuários e dependentes está firmado na prevenção e reinserção social, tanto que as penas privativas de liberdade foram abolidas. O que demonstra que divergências doutrinárias, tais como a penalização ou não do usuário de drogas, penas mais severas em relação ao tráfico de entorpecentes, que durante toda a história se tornaram alvos de debates, com essa nova lei foram acolhidas encontrando amparo no princípio da mínima intervenção e dignidade da pessoa humana.

³² BRASÍLIA, OMS. Disponível em: www.opas.gov.br acessado no dia 22 de junho de 2012.

Baseada nessa conquista a lei foi alterada no que diz respeito ao tratamento, definições, competências e atribuições disciplinando melhor a questão do usuário.

Concordando, o Dr. Marcelo Gonçalves Saliba, publicou um artigo ressaltando algumas mudanças positivas para os usuários: “Vale ressaltar que não se vislumbra um trabalho de prevenção e reinserção sem a colaboração direta das comunidades afetadas. O envolvimento agora não se resumirá ao *disque-denúncia*, mas se estenderá para o comprometimento e solução do problema social. Isso representa significativo avanço em relação ao sistema anterior, que se baseia na tradicional justiça penal punitiva, impositiva e verticalizada”.³³

Algumas discussões a respeito da não aplicação da pena privativa de liberdade vem sendo discutidas por alguns doutrinadores que consideram a Nova Lei como uma descriminalização do usuário. A posição se baseia na Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei 3.914/41) que assim dispõe: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

“A doutrina tradicional sedimentou o entendimento de que, no Brasil, nossa legislação adotou o critério bipartido para os delitos, ou seja, há crimes e contravenções, inexistindo outra espécie. Ao prever somente sanção restritiva de direitos e eliminar a privativa de liberdade e pecuniária, a nova lei afastou-se daquelas espécies legalmente definidas e criou uma nova. A nova espécie encontra-se ainda dentro do gênero delito ou infração penal, vez que há pena e regramento pelo Direito penal, todavia a nova classificação agora é *infração sui generis*”³⁴. Essa é a posição defendida por Luiz Flávio Gomes quando sustenta a existência dessa nova classificação.

O novo tipo penal está sendo fundamentado baseado na justiça penal, terapêutica ou restauradora e substituiu a pena por uma “reeducação” o que não afasta a descriminalização na Nova Lei.

³³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/marcelogoncalvessaliba/usuarios.htm> acessado em 22 de junho de 2012.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 99-141.

O professor Eliezer Gomes da Silva apresenta o conceito de crime amparado em uma concepção dos direitos humanos como objeto de limite de direito penal: “crime é toda conduta contrária ao humanamente exigível, a significar um interesse, cuja lesão ou perigo de lesão autoriza uma censura ou uma sanção estatal direcionada a seu autor³⁵”.

Demonstrando assim que a censura ou a sanção não são unicamente penas que privam a liberdade.

A nova lei de tóxicos manteve o crime. Não houve descriminalização, porém em relação ao caráter despenalizador existiu sim uma mudança. Como exemplo há uma jurisprudência do Superior Tribunal Federal que fala a respeito da natureza jurídica da Nova Lei:

“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 desapareço 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 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 abolição 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. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).”³⁶

³⁵ SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁶ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 102.940/ES, Min. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília 13 de fevereiro de 2007.

Com a Nova Lei, as penas privativas de liberdade e pecuniária, bem como as restritivas de direitos de prestação pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. Por despenalização, compreende-se, segundo Zaffaroni:

“[...] ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc).”³⁷

A despenalização veio a tona na forma de uma tentativa de reeducação do consumidor de drogas, para que este consiga se adaptar a sociedade sem o uso de entorpecentes, o que traz uma melhoria pois a pena privativa de liberdade poderia piorar a situação deste usuário ao invés de reeducá-lo, mostrando o mal que pode lhe causar.

2.2 A Política Trazida pela Lei 11.343/2006

A Nova Lei de Drogas conceitua duas disposições, uma proibicionista e a outra uma política de atenção:

“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 à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem estar social”.³⁸

Mesmo que a Lei de Drogas não autorize a prisão de usuários ou dependentes, a polícia continuará com o mesmo trabalho, devendo apreender a droga quando em poder do referido, mas não o agente.

As drogas continuam sendo proibidas não importando se será para consumo ou não.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 340-1.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 27.

A Nova Lei também trouxe a tona uma nova modalidade que fica entre o consumo pessoal e o tráfico ilícito das drogas, trata-se da conduta de oferecer a droga, mesmo que sem o objetivo do lucro, sendo para consumo em conjunto.

O artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 11.343/2006, dispõe:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.”

Essa conduta não havia previsão legal, sendo a primeira vez que aparece na Lei. Para que o agente se enquadre neste artigo, o mesmo deverá oferecer a droga para alguém de seu relacionamento, para o consumo conjunto, não podendo ter fins lucrativos.

Em relação a proibição no que diz respeito o usuário de drogas, pelo fato das leis anteriores serem muito severas, o acesso a clínicas de reabilitação era difícil, pois se o indivíduo fosse considerado usuário teria uma pena privativa de liberdade e não acesso a programas assistenciais.

Com base nesse entendimento, Salo Carvalho ressalta:

“A criminalização apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contra motivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos, favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção.”³⁹

A busca pela reinserção a sociedade dos usuários vem sido observado após a mudança na lei, tendo em vista a maior preocupação com o agente para que este possa ter acesso a clínicas de reabilitação ao invés de presídios.

Seguindo este entendimento, Luciana Rodrigues salienta:

³⁹ CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 156 e 157.

“Do ponto de vista da saúde pública (...) a proibição dificulta o estudo do fenômeno da droga, as estatísticas são pouco precisas e os dependentes de drogas são tratados ora como criminosos ora como doentes. Os discursos médico, jurídico e militar foram sobrepostos ao da saúde pública, o que fez com que usuários de drogas injetáveis tenham sido um dos grupos mais afetados pela epidemia da AIDS, graças à clandestinidade do compartilhamento de seringas.”⁴⁰

Tem-se então que a melhor opção, até mesmo para a sociedade, é que o usuário tenha um tratamento diferenciado do traficante, para que este tenha menos problemas em relação a saúde e mais acesso a estabelecimentos que possuem condições de melhor conduzir o agente.

2.3 Objetivo do Artigo 28 da Lei 11.343/2006

2.3.1 Sob a ótica do Direito Penal Máximo

Essa corrente além de não abrir mão do Direito Penal como função para conter a violência, defende a pena de prisão de longa duração e regimes mais severos de cumprimento da sanção.

O Direito Penal para essa corrente é a solução eficaz para conter os crimes existentes no meio social, por isso sua utilização é tão importante.

Acredita que o sistema deve ser punitivo e ter leis severas. Para o movimento da lei e da ordem essa é a única solução.

O direito penal máximo busca a destruição do sistema democrático e não a solução do problema, é uma tese sustentada por Ferrajoli :

“La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo esta, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune.”⁴¹

Este fala da certeza que o direito penal máximo não deixa ninguém

⁴⁰ 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.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

passar impune, se cometeu algo que a lei considera crime terá que sofrer uma sanção e essa sanção será extremamente severa.

A metodologia do direito penal máximo se estrutura em ampliação das leis penais, das penas de prisão tendo longas durações, um regime de execução mais rígido e pena de prisão para usuários de drogas.

Ou seja para o direito penal máximo o usuário não deveria sofrer apenas medidas educativas, ou de reinserção social, deverá também ter pena privativa de liberdade. Já que o uso é considerado crime, não poderá o usuário deixar de ter uma punição severa, pois se não esse agente voltará a fazer uso e poderá se tornar um futuro traficante.

A prisão é o melhor método de aplicação do direito penal máximo, esse local retrata claramente o que acontece quando o direito penal é aplicado de maneira máxima, severa.

Se todos que cometesse crimes fossem presos e tivessem penas longas e cada vez mais severas, o crime diminuiria, esse é o método do direito penal máximo.

2.3.2 Sob a ótica do Direito Penal Mínimo

Sua premissa básica é manter a sanção penal como meio de reação social através de regras e normas do Estado, mas entende que devem ser punidas apenas as condutas que venham atingir ou colocar em perigo concreto de lesão os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

Vê o sistema penal como forma de assegurar a garantia positiva dos direitos fundamentais e conter a violência punitiva e seletiva do próprio sistema penal.

Defende a integração do sistema penal dentro de uma política de Estado de garantia e segurança dos direitos fundamentais.

Defende que se deve fazer do direito penal um instrumento de reflexão, um lugar para se discutir a racionalidade do sistema.

Foi um tema principalmente desenvolvido por *Luigi Ferrajoli* em sua obra *Direito e Razão*:

“o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza.”⁴²

Em tese, o discurso minimalista, que o Direito Penal é tido como instrumento importante de controle social, mas cuja utilização legítima só pode se dar em um juízo de *ultima ratio*, ou seja, quando os instrumentos falharem, será menos drásticos o controle social, os quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, bem como o controle social não formal.

Essa filosofia acredita que o direito penal é a última solução, acredita em outras formas de solução, como por exemplo reparação financeira pelo dano causado em casos de danos materiais.

Quanto ao uso das drogas, o usuário não deverá ser punido e sim reeducado, levado para clínicas especializadas em reabilitação, mas não aplicar pena de prisão para o agente.

2.3.3 Sob a ótica do Garantismo

Parte do paradigma da reação social, estruturando e defendendo uma política criminal alternativa, entre o direito penal máximo e o direito penal mínimo. Defende que nenhuma sociedade possa sobreviver sem direito penal, apenas qualifica esse direito penal como legalista, defende que o direito penal deve agir dentro da estrita legalidade, observando em todas as condições a materialidade do efeito da conduta do agente e a lasividade do criminoso.

Em sua doutrina pode haver três meios de aplicação da pena, como um castigo, levando em conta a moral e circunstâncias específicas do sistema, estimula a tomada de posição no campo penal sempre se justificando e trabalham sempre com o fato consumado.

A concepção garantista tem como máxima a aplicação racional do direito penal em respeito a dignidade da pessoa humana.

Cademartori, buscando aprofundar o marco teórico da Teoria Garantista, como filosofia política, assevera que: "... impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 102p.

coerente com a tutela e garantias dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. Isto permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser do direito, o que é denominado por *Ferrajoli* de 'ponto de vista externo'. Tal 'ponto de vista' é para o autor essencialmente democrático, pois '*ex parte populi*', à diferença do 'ponto de vista interno', que seria para ele '*ex parte principis*'⁴³.

Em relação ao uso de drogas a teoria do garantismo aponta que deve-se observar cada caso. Se o agente for tão somente um usuário, será considerado crime, mas este não terá sua liberdade restrita, será encaminhado a casas de habilitação, as quais saberão lidar melhor com este indivíduo do que se o mesmo for preso, o que não o levará a uma reinserção social.

A partir dessa teoria que surge o tratamento diferenciado para o consumidor de drogas, que não será mais preso, mas sim submetido a medidas de caráter educativo e penas alternativas.

2.4 O Proibicionismo da Conduta Relacionada as Drogas

O controle penal atual sobre as drogas tem por base a proibição do uso e da venda de substâncias rotuladas como "ilícitas", por meio de um discurso de proteção da saúde pública e de intensificação da punição. Porém, essa distinção entre drogas lícitas e ilícitas deu-se por conveniência política, sem que houvesse conclusões médicas definitivas quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância a ser controlada, ou mesmo sem que se tivesse proposto ou experimentado nenhum outro modelo intermediário, ou menos repressivo.

"O discurso punitivo que fundamenta o modelo considera a proibição como única opção para se lidar com os malefícios da droga. Trata-se de uma escolha simples em teoria, mas extremamente difícil na prática, pois se presume, sem nenhuma base empírica, que a interdição pela lei penal, sob ameaça de pena, fará as pessoas mudarem seus hábitos, gostos e escolhas e deixar de consumir determinadas substâncias, apenas pelo fato destas serem ilícitas."⁴⁴

Maria Lúcia Karam argumenta que a proibição não levará a uma

⁴³ Cadermatori, Sérgio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. (p.155).

⁴⁴ CABALLERO, Francis; BISIQU, Yann. Droit de la drogue. Paris: Dalloz, 2000, p. 96. Traduzido.

procura maior das drogas e sim o fim da ilegalidade no que tange a procura e a venda, ela sustenta que: “Em um ambiente livre (isto é, um ambiente distante das dores, dos danos e dos enganos provocados pelo sistema penal), os indivíduos se tornam mais aptos a encontrar melhores formas de lidar com comportamentos indesejáveis ou negativos, porque se tornam mais aptos a buscar soluções vindas da real compreensão dos fenômenos, da proximidade com o conflito, da solidariedade com todos os envolvidos.”⁴⁵

Ou seja, de acordo com Maria Lúcia Karam, toda pessoa é livre para fazer suas escolhas, se o consumo de drogas fosse permitido, deixasse de ser crime, as pessoas teriam a livre escolha para optar ou não ao uso, teriam mais interesse em saber o que lhes faria mal, o que mostraria melhoras na questão da convivência em sociedade, pois ninguém iria deixar de amparar o indivíduo que estivesse sob efeito de drogas pois deixaria de ser um crime esse uso e ninguém sentiria receio em ajudar.

“O proibicionismo criminalizador também introduz um complicador à assistência e ao tratamento eventualmente necessários, funcionando tanto como fator inibitório à sua procura, por implicar na revelação da prática de uma conduta tida como ilícita, às vezes com trágicas consequências, como em episódios de overdose em que o medo dessa revelação paralisa os companheiros de quem a sofre, impedindo a busca do socorro imediato, quanto como fator de preconceitos até mesmo por parte de muitos profissionais da saúde, que, dominados pelo discurso estigmatizante e demonizador das substâncias proibidas e de quem as consome, ainda desconhecem ou resistem a aderir às mais eficazes ações terapêuticas assistenciais fundadas no paradigma da redução de riscos e danos.”⁴⁶

O que deixa claro a ideia de que quanto mais repressiva for a conduta do usuário, pior será a assistência dada em momentos que precisa. O crime existe mas deve ser tratado de maneira adequada para cumprir o direito de todo cidadão em relação a vida.

As pessoas ainda se assustam muito com a conduta do usuário, por causa dos efeitos causados pelas drogas, se todos tivessem uma melhor informação a respeito a ressocialização do usuário seria mais fácil e os acessos a clínicas especializadas também seria mais comum entre esses indivíduos.

⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. Proibições, Riscos, Danos e Enganos, as drogas tornadas lícitas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 30

⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. Proibições, Riscos, Danos e Enganos, as drogas tornadas lícitas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 50

3. Tratamento Penal dado ao Usuário de Drogas

A lei 11.343 diz respeito as medidas para prevenção ao uso, alerta e reinserção na sociedade de usuários e dependentes de drogas, estabelecer normas para a produção ilegal e ao tráfico de drogas e também define os crimes que se inserem nessa lei.

As variadas formas de pensamentos quanto à natureza jurídica do uso de drogas ilícitas está sempre entorno da discussão da descriminalização, da despenalização, ou se deverá abolir as penas explicitadas no artigo 28 da lei 11.343/2006, já que não tem mais penas privativas de liberdade e sim apenas medidas restritivas de direito.

3.1 A descriminalização e a despenalização

Há dois institutos do direito penal que devem ser explicados para um melhor entendimento a cerca da natureza jurídica do uso das drogas, sendo essas a descriminalização e também a despenalização de condutas. De acordo com Luiz Flávio Gomes:

“Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito penal (essa é a descriminalização puramente formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e o proscreeve do Direito penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa, v.g.) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial ou total).”⁴⁷

Enquanto para o Ministro Sepúlveda que cita em seu voto no Supremo Tribunal Federal, no RE-QO 430105/RJ, informativo 485, a despenalização é definida como: “Exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”.

O professor Luiz Flávio Gomes afirma que teve descriminalização formal e à despenalização do uso de drogas ilícitas, tendo em vista que o legislador passou a não dar sanção de reclusão ou detenção, deixando de ter penas privativas de liberdade para o usuário. O professor também cita que nessa nova conduta tipificada trata-se de um ilícito sui generis, já que não se adéqua ao rol de infrações

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio, et al. (coord.). **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: RT, 2006.

trazidas pelo decreto-lei n. 2.848 de 1940, que assim restringe:

“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.”⁴⁸

Ficando assim claro, a forma de considerar o artigo 28 da Lei de Drogas como um ato administrativo ilícito, pois as sanções serão aplicadas por um juiz. Assim, a conduta do usuário, não seria lícita e teria gênero ainda não definido pelo atual ordenamento, não sendo ato penal nem administrativo ilícito.

O Supremo Tribunal Federal, se posicionou⁴⁹ de maneira divergente a respeito das divergências doutrinárias, afirmando que a conduta do artigo 28 é crime. Sendo assim, considera que houve somente uma despenalização, não podendo sequer citar que a conduta de crime foi extinta o que passou a ser por não privar o usuário de sua liberdade.

Apesar de se tratar de uma conduta que não prevê a pena restritiva de liberdade não pode se falar que não houve crime. O crime ainda existe mesmo que o usuário não tenha sua liberdade privada. Portanto, pelas razões apresentadas, a tese defendida pelo STF é a que predomina, sendo o uso de drogas ilícitas um crime que foi despenalizado.

3.2 Processo de Descriminalização

Partindo da constatação da falência do sistema punitivo, de efeitos deletérios sobre a personalidade do indivíduo, estigmatizador e violento, têm ganhado força as tendências de minimização da atuação jurídico-penal.

Raul Cervini, tratando destes e de outros problemas relacionados ao sistema penal, observa:

“Como se todos esses problemas fossem poucos, também não conseguimos

⁴⁸ BRASIL. **Lei de Introdução do Código Penal (1941)**. ed. São Paulo: São Paulo, 2006.

⁴⁹ 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.

resolver o dos métodos de tratamento que podem ser aplicados para conseguir a terapia social. É muito fácil dizer que o delinquente deve ser tratado; mas já não o é tanto, dizer de que forma isso deve ser feito. Como e para que ressocializar alguém que por razões conjunturais de desemprego, grave crise econômica, etc., comete um delito contra a propriedade, enquanto tais razões de desocupação e crise econômica continuam existindo. Como ressocializar para o respeito à vida um delinquente violento, sem criticar ao mesmo tempo uma sociedade que continuamente reproduz a violência através dos meios de comunicação e desencadeia ou exerce uma agressão brutal (guerras, violação de direitos humanos) contra outros grupos mais fracos ou marginais, entre os quais provavelmente se encontra o delinquente?”⁵⁰

Passando para análise no sistema prisional, na grande violência em que se configura, Raúl Cervini destaca que alguns de seus efeitos são, em relação ao sujeito aprisionado, a diminuição da adaptabilidade depois da aplicação das penas privativas de liberdade e os efeitos adversos da estigmatização que dela resulta. Em relação à sociedade, os principais fatores para que venha sendo paulatinamente evitado, são a não solução dos problemas sociais através de um enfoque estigmatizante e o custo do crime.⁵¹

Dentro desta nova tendência, é importante destacar a lógica do processo de evolução do Direito Penal, que corresponde à superação de uma realidade por outra, partindo das novas concepções oriundas da sociedade, traduzindo-se em medidas de descriminalização, por vezes articuladas com medidas de neocriminalização.⁵²

Cumprido, então, tratar dos *processos de desinstitucionalização*, ou *desestatização*, que se consubstanciam em retirar das instâncias formais (forças policiais, poder judiciário, sistema prisional) de controle a resolução de certos conflitos.⁵³

Raul Cervini destaca três conceitos importantes:

Descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas. Na visão do autor a descriminalização pode manifestar-se sobre três enfoques: O primeiro é a “descriminalização formal” (abstenção do Estado em intervir, legalizando

⁵⁰ CERVINI, Raul, et Revista dos Tribunais. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: 1995, página 36.

⁵¹ CERVINI, Raul, et Revista dos Tribunais. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: 1995, página 49.

⁵² SMANIO, Gianpaolo Poggio, et Atlas. **Criminologia e Juizado especial Criminal**. São Paulo: 1998, página 25.

⁵³ SMANIO, Gianpaolo Poggio, et Atlas. **Criminologia e Juizado especial Criminal**. São Paulo: 1998, página 26.

o fato), o segundo é a “descriminalização substitutiva” (as penas são substituídas por sanções de outra natureza, não há legalização da conduta, mas sua transferência para outro campo do direito), por fim a descriminalização de fato (ocorre quando o direito penal deixa de funcionar sem que tenha perdido formalmente sua competência).⁵⁴

O segundo conceito referido é o de despenalização. Nos dizeres de Cervini:

“Por *despenalização* entendemos o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato ao caráter de ilícito penal. Segundo o Comitê do Conselho Europeu, este conceito inclui toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistemas de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilidade, diminuição de salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais (Informe Del Comitê Europeu sobre problemas de la criminalidad, 1980).”⁵⁵

Por fim, refere-se ao conceito de diversificação, que consiste na suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência. Pauta-se na autocomposição dos litígios por meio dos processos de mediação e conciliação.⁵⁶

Aos já mencionados, Luiz Flávio Gomes acrescenta o conceito de descarcerização, que consiste em evitar o máximo possível a prisão cautelar.⁵⁷

Zaffaroni e Pierangeli trabalham os mesmos conceitos, acrescentando a eles uma nota sobre a intervenção mínima:

“A *descriminalização* é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. A descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isso. A *despenalização* é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas à penas privativas de liberdade. *Diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva. *Intervenção mínima* é uma tendência político-criminal contemporânea que postula a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais, em atenção

⁵⁴ CERVINI, Raul, et Revista dos Tribunais. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: 1995, página 72-73.

⁵⁵ CERVINI, Raul, et Revista dos Tribunais. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: 1995, página 75.

⁵⁶ CERVINI, Raul, et Revista dos Tribunais. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: 1995, página 76.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio, et al. (coord.). **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: RT, 2006, página 97.

ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do estado.”⁵⁸

Tem-se, portanto, que a descriminalização “consiste na retirada do sistema de um valor como objeto da tutela penal, reputando esse valor como passível de proteção por outros ramos do direito.”⁵⁹ Por sua vez, despenalização “é um processo de redução das sanções penais aplicadas a comportamentos que continuam a ser ilícitos penais.”⁶⁰

3.3 A Política Proibicionista do uso de drogas

A política proibicionista vem da globalização, é o que diz Maria Lúcia Karam a respeito do tema da proibição do uso de drogas tornadas ilícitas:

“É neste tema onde, hoje, mais fortemente atua a enganosa publicidade que consegue anunciar e vender o sistema penal como um produto-serviço destinado a fornecer proteção e segurança, fazendo de tal instrumento, que, na realidade, é um estimulante de situações negativas e criador de maiores e mais graves conflitos, o centro de uma política supostamente destinada a conter uma exageradamente temida circulação daquelas substâncias tornadas ilícitas. Esta política proibicionista acaba por ensejar uma perigosa intensificação do controle do Estado sobre a generalidade dos indivíduos, deixando entrever, nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, uma face máxima, vigilante e onipresente do Estado mínimo das pregações neoliberais.”⁶¹

A juíza Maria Lúcia Karam expõe sua total convicção de que é necessária a legalização do consumo de todas as substâncias psicoativas, ao afirmar que:

“O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido, como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 357-358p.

⁵⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e Juizado especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1998. 26p.

⁶⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e Juizado especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1998. 26p.

⁶¹ Karam, Maria Lúcia. *Proibições Riscos, Danos e Enganos as Drogas Tornadas Ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 17p.

através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.”⁶²

Para a autora a descriminalização não levaria o Brasil ao caos e sim combateria a violência que o tráfico de drogas traz por causa da ilegalidade. Havendo a descriminalização do uso, não significa que todos irão usar, pois terá que ser feita a conscientização em relação a saúde, o tráfico já não será uma forma de influenciar pessoas para o consumo de drogas pois deixando de ser crime o traficante perde seu objetivo de fazer violência de trazer pessoas para a ilegalidade, até porque deixaria de ser ilegal.

3.4 A descriminalização das drogas para uso pessoal

Foi aprovada pela Comissão Especial de Juristas que elaborou o anteprojeto do Novo Código Penal a descriminalização do uso de drogas no Brasil. De acordo com o texto desse anteprojeto, será presumido que a droga se destina ao uso pessoal uma quantidade individual equivalente a cinco dias para que represente o consumo médio.

No que diz respeito a quantidade específica, dependendo do grau lesivo dessa droga encontrada, vai depender de regulamentação específica, que será de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Não será apenas a quantidade para identificar se a droga sob posse do usuário se destina a consumo próprio, como também vai depender da natureza da substância. Terá a distinção entre consumo pessoal e tráfico, que será feita ao analisar a situação concreta da pessoa que estiver com a posse da droga, sua conduta no exato momento e as circunstâncias pessoais e sociais a qual se encontra.

⁶² Karam, Maria Lúcia. Proibições Riscos, Danos e Enganos as Drogas Tornadas Ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 09p.

Continuará havendo divergências em relação a quantidade de drogas que estará com o usuário pois não será definida uma quantidade real, caberá ao juiz definir se caracteriza consumo pessoal ou não.

O anteprojeto fala também do uso ostensivo das drogas, pois terá punição para quem usar ostensivamente substância entorpecente em locais públicos, tal medida também será aplicada a pessoas que consumirem drogas na presença de crianças mesmo que em locais privados.

De acordo com o anteprojeto do Novo Código Penal em seu artigo 212, terá exclusão do crime quando:

“§2o Não há crime se o agente: I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal; II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

§3o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§4o Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.”⁶³

Já no que diz respeito ao consumo ostensivo, foi criado também um artigo só para falar desse tipo de usuário, trata-se do art. 221:

“Art. 221. Aquele que usar ostensivamente droga em locais públicos, nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes, ou na presença destes, 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 As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses.

§ 2o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses.

§ 3o 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.

§ 4o Para garantia do cumprimento das medidas educativas referidas no *caput*, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa.

§ 5o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para

⁶³ Anteprojeto de Código Penal Brasileiro, número 1.034/2011 do Senador Pedro Taques, art. 212.

tratamento especializado.”⁶⁴

Fica claro que não será permitido o uso indiscriminado das drogas, terá um limite em relação a quantidade, não será em todas as situações que uma certa quantidade mínima levará a pessoa a ser enquadrada como usuária. Será levado em consideração todos os aspectos concretos. A Anvisa fará a regulamentação específica da quantidade, mas caberá ao juiz a decisão se a pessoa vai ser considerada ou não usuária.

3.5 Vantagens e Desvantagens da Descriminalização

Não são todos os juristas que são a favor da descriminalização do uso de drogas, alguns falam que seria melhor pois ficaria mais nítida a diferença entre usuário e traficante, outros falam da necessidade de ter uma pena leve, ou multa, para quem for pego com drogas em quantidades mínimas, sendo para uso pessoal.

Corroborando com o entendimento a favor da mudança na lei, os doutrinadores Greco Filho e Daniel Rassi ressaltam:

“A alteração é relevante porque amplia a possibilidade do enquadramento no tipo mais benéfico das condutas quando para consumo próprio ou de outrem em caráter pessoal, ou seja, sem o *animus* de disseminação. [...] o texto atual, portanto, é mais amplo e benéfico, abrangendo situação que era antes considerada injusta, a de se punir com as penas do então artigo 12 aquele que, por exemplo, dividia a droga com companheiros ou a adquiria para consumo doméstico de mais de uma pessoa.”⁶⁵

Flávio Gomes, por seu turno, ressalta:

“A posse de droga para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão. Doravante está sancionada com penas alternativas, que serão impostas pelos Juizados Criminais. Aliás, depois que a infração do artigo 16 passou para os

⁶⁴ Anteprojeto de Código Penal Brasileiro, número 1.034/2011 do Senador Pedro Taques, art. 221.

⁶⁵ FILHO, Vicente Greco e RASSI, João Daniel. Lei de Drogas Anotada. 2a Edição. Saraiva: 2008. 44p.

Juizados criminais, nenhum usuário mais foi condenado à pena de prisão, salvo em casos excepcionalíssimos.”⁶⁶

Apesar desses autores concordarem que a mudança na lei será mais benéfica para o usuário, também demonstram preocupações quanto a saúde pública, pois o usuário torna-se viciado e quando traz a droga consigo antes de consumir pode colocar a saúde pública em perigo por ser fator decisivo na difusão do tóxico, além do que o viciado precisará de dinheiro para financiar sua droga e isso poderá leva-lo ao tráfico, esta é a opinião do jurista Luiz Flávio Gomes⁶⁷.

Mesmo antes do anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro, já se discutia a conduta do usuário ser descriminalizada, sendo isso uma benéfice, ou vantagem para o consumo pessoal de drogas, mesmo que esta não tenha sido legalizada.

Para o doutrinador Flávio Gomes⁶⁸, descriminalizar “significa retirar de alguma condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime”.

Mesmo com todas as divergências a favor ou contra a descriminalização, a jurisprudência brasileira ainda não aceitou o entendimento da descriminalização das drogas para uso pessoal. Sendo assim, o anteprojeto tem a visão de descriminalizar o uso de entorpecentes, porém ainda não se fala na legalização de algumas drogas. Pois essa legalização atingiria de maneira real a saúde pública.

3.6 Princípios Penais Aplicáveis

Trataremos de forma breve neste tópico a respeito de alguns princípios penais de maneira contextualizada com o tema deste trabalho de monografia, sendo estes a descriminalização do usuário de drogas, tendo como

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 2a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 147p.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 2a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idiNoticia=33089. Acesso em 10 de julho de 2012.

ponto de partida o direito penal mínimo e garantista.

3.6.1 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena está expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, a qual consiste em tratar a pena de acordo com cada caso concreto separadamente.

Nelson Hungria entende por individualização da pena, um processo para “[...] retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.”⁶⁹

A individualização no direito penal tem como objetivo fixar a pena mais justa, assim, evitando a uniformização e padronização do indivíduo na sociedade. Por isso a pena deverá ser sempre individualizada e jamais padronizada⁷⁰.

Ferrajoli não gosta desse critério “jurídico administrativo”, já que a pena, uma vez imputada e determinada pelo juiz, no momento da sentença condenatória, poderá ser redimensionada pelos entes competentes, normalmente, os diretores e empregados terceirizados dos presídios, levando em conta, tão somente, o comportamento do réu na prisão. Ora, a dimensão do poder conferido a essas entidades é imensa, uma vez que podem remodelar a pena proferida pelo magistrado e, ainda, tem em suas mãos a liberdade pessoal do réu⁷¹.

Por isso, não deve o legislador elaborar normas legais, com parâmetros fixos e padronizados, em relação ao montante da pena, regime de cumprimento e os benefícios possíveis, vez que cada condenado deve passar por seu próprio processo de individualização da pena e receber a justa punição pelo crime praticado⁷².

Sendo assim, a pena deverá ser explícita e precisa e nunca fixa em

⁶⁹ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. 52p.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 159p.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 373p.

⁷² CHECAIRA, Sérgio Salomão. JUNIOR. Alceu Correa. Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 31p.

relação a quantidade para não afrontar o princípio da individualização da pena.

3.6.2 Princípio da Proporcionalidade

Além da individualização da pena, deverá esta ser proporcionalmente aplicada, levando em consideração a infração penal cometida.

A proporcionalidade, “[...] indica a harmonia e a boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas⁷³.

Deverá ser retribuído ao condenado o mal causado pelo crime de maneira proporcional entre o mal do ilícito e o mal devido ao condenado⁷⁴.

Dentro do princípio da proporcionalidade há três subprincípios, adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No princípio da adequação ou idoneidade, a pena somente será proporcional e razoável quando for apta, em dada situação, a atingir os objetivos de interesse público para o qual foi proposta⁷⁵.

Caso a pena seja aplicada para ressocialização do indivíduo e se esse objetivo não for cumprido, caso seja prejudicial ao apenado, esta não será proporcional.

No princípio da necessidade a pena deve ser indispensável para o fim proposto e deve ser também a única alternativa para atingir este fim, sendo esta menos gravosa⁷⁶.

Assim deverá ser aplicada a pena estritamente necessária ao condenado, caso não lhe seja aplicado pena privativa de liberdade e sim penas alternativas, estas deverão ter como fim a ressocialização do indivíduo, nunca violando o princípio da dignidade humana.

A proporcionalidade em sentido estrito, é a proporção entre o delito praticado e a pena aplicada, não podendo ter exageros quanto a punição.

Nesse sentido, significa que o objetivo da proporcionalidade strictu

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 210p.

⁷⁴ ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 212p.

⁷⁵ FROTA, Hidemberg Alves Da. Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008. 25p.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. 140p.

sensu é fazer uma ponderação entre os danos causados e o benefício trazido, para constatar se é justificável a intervenção estatal na esfera dos direitos de um indivíduo em particular⁷⁷.

Devendo o juiz analisar se a aplicação da pena trará mais benefícios a sociedade do que malefícios ao apenado.

3.6.3 Princípio da Humanidade

Por esse princípio, entende-se que a aplicação da lei penal deve se basear pela benevolência e humanidade, tendo como objetivo principal, o bem estar de todos na comunidade tanto quanto dos atingidos pela sanção penal, já que, os últimos não merecem ser excluídos da sociedade somente porque delinquiram ainda mais se levando em consideração o fim preventivo da pena, qual seja, a ressocialização⁷⁸.

Portanto, nota-se que, é justamente na dignidade da pessoa humana que se consolida o fundamento principal do princípio da humanidade das penas. O homem deve ser a medida primeira e última de todas as coisas, motivo pelo qual se deve ter em mente que na categoria dos direitos humanos o Direito Penal é o mais relevante⁷⁹.

3.6.4 Princípio da Isonomia ou da Igualdade

Este princípio está na Constituição Federal em seu artigo 5º caput: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]".

Cabe ao juiz diminuir as desigualdades sociais na medida que for aplicar a pena, não ferindo o princípio da dignidade humana.

⁷⁷ FROTA, Hidemberg Alves Da. Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008. 25p.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 44p.

⁷⁹ ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 151p.

3.6.5 Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância que também é conhecido como princípio da bagatela, trata-se de uma posição da política criminal revelando que o direito penal não deve dar importância a bagatelas, ou condutas incapazes de lesar bens juridicamente protegidos.

Este princípio exclui a tipicidade do fato, além da tipicidade formal deverá existir a tipicidade material.

Caso o indivíduo seja pega com uma quantidade insignificante a qual o considera somente um usuário, poderá esta conduta ser enquadrada no princípio da insignificância, pois não terá quantidade suficiente para atingir a saúde pública da sociedade.

Luiz Flávio Gomes menciona que:

“[...] a Constituição, sobretudo em uma sociedade que vive sob o Estado Democrático de Direito, há de ser o ponto jurídico-político de referência em termos de injusto penal, sendo reduzido às margens da estrita necessidade. Por esse ponto de vista, a intervenção penal deve residir no fato de que a conduta externa praticada (formalmente típica e subjetiva ou normativamente imputável ao agente) não só concretize a descrição legal (típica) como também ofenda concretamente (lesão ou perigo) o bem jurídico protegido.”⁸⁰

Sendo assim, é comum adotar o entendimento de que a ínfima quantidade de droga apreendida com o indivíduo seja uma circunstância a ser considerada quando da fixação da pena. O juiz deverá analisar o caso concreto levando em consideração o fato e a quantidade de droga, determinando assim se seria apenas para consumo ou se teria algum outro fim, já que na Nova Lei o usuário tem medidas benéficas para lhe ser aplicadas.

3.7 Decisão do STF em relação ao Consumo Próprio de Drogas

Com a vigência da lei 11.343/2006 os tribunais receberam vários processos pedindo a substituição da pena privativa de liberdade para penas alternativas no que diz respeito as drogas para consumo próprio.

Nesse sentido a Quinta Turma do Superior Tribunal Justiça firmou

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal (Série As ciências criminais no século XXI: V.5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 24p.

sólido entendimento de ser possível aplicação de penas alternativas quando se trata de drogas para uso pessoal, já que atinge o mínimo potencial ofensivo, como exemplo cita-se a decisão do Habeas Corpus nº 102.940/ES de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a extinção da punibilidade, sua íntima quantidade, princípio da insignificância, não tendo periculosidade social da ação, sendo um crime de perigo abstrato ou presumido⁸¹.

Assim, aplicar penas alternativas, ou até mesmo descriminalizar o uso de drogas, pode parecer em um primeiro instante um estímulo a criminalidade e ao uso indiscriminado das drogas, mas a melhor opção é a medida de ressocialização destes usuários, tentando assim aplicar medidas de conscientização para que estes não se tornem futuros traficantes.

⁸¹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 102.940/ES, Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Brasília 15 de fevereiro de 2011.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar, através de doutrinas, jurisprudências e também através do SISNAD (órgão criado junto com a lei 11.343/06 com o objetivo de auxiliar no tratamento do usuário de drogas), a história da criminalização das drogas e suas conseqüentes disposições legais aplicadas até os dias de hoje, com o foco na figura do usuário de substâncias ilícitas, bem como tratamentos e sanções impostas a estes.

O Brasil ainda aplica a política contra as drogas utilizando da repressão penal contra o uso destas substâncias. Partindo da premissa que o objetivo do Brasil é aplicar penas com menor dano ao usuário, percebe-se a aplicação de penas alternativas que buscam a ressocialização deste.

O tema estudado é extremamente complexo, tendo em vista que há várias divergências doutrinárias no que tange a descriminalização ou não do usuário de drogas e suas penas, que atualmente não são mais privativas de liberdade.

Pela análise dos textos legais mencionados, é possível concluir que a Lei 11.343/06 não descriminalizou a conduta de posse de drogas para consumo pessoal, pois que o artigo 28 comina uma pena restritiva de direitos, a prestação de serviços à comunidade, bem como a multa.

No entanto, à luz dos entendimentos citados e das mais variadas doutrinas pesquisadas, é compreensível que haja sim uma descriminalização da conduta do usuário, já que este ao invés de penas privativas de liberdade receberá penas alternativas, não se pode considerar crime uma conduta que ao invés de ter como sanção a punição tem medidas educativas e de ressocialização.

Tão importante quanto conhecer o texto legal, é reconhecer e identificar a política criminal motivadora da produção legislativa. Na atual legislação antidrogas, ficaram estabelecidos os objetivos da Lei: prevenção e repressão. Sendo assim, o legislador preferiu dar tratamento diferenciado ao usuário, aplicando-lhe sanção mais branda do que a dada ao traficante que, tem uma resposta penal mais severa na nova Lei.

Constatou-se que com a vinda do Novo Código Penal, que temos ainda apenas o anteprojeto, a conduta do usuário não será mais considerada crime, o que será ainda melhor, já que este indivíduo necessita de cuidados e tratamentos ao invés de penas.

Ademais, foram feitas considerações a respeito do princípio da insignificância, que tem como objetivo afastar a tipicidade do fato, tratando a quantidade de substância ilícita apreendida com o indivíduo uma quantidade mínima o que representa ser esta substância a ser usada apenas para consumo pessoal, já que a lei não cita a quantidade de drogas a ser apreendida pode ser considerada para uso, sendo dado ao juiz essa função de decidir ou não a conduta.

É necessário, assim, que o Brasil repense a sua política punitiva de drogas, principalmente no que tange o assunto da criminalização do usuário de drogas e que, com o anteprojeto mencionado no presente trabalho, seja considerada a descriminalização do usuário.

No entanto, a melhor interpretação não está na liberação das drogas e sim na descriminalização do usuário, pois o usuário deverá ter tratamento diferenciado, já que este pode ou já se encontra na dependência de substâncias ilícitas. O usuário deverá ter mais acesso a estabelecimentos que possuem condições de tratar e melhor conduzir o agente.

Com base nos estudos realizados, deverá ser feito um melhor tratamento com os usuários de drogas, pois estes deverão ser tratados haja vista que necessitam de cuidados e locais adequados para se tratar e ter uma condição melhor de voltar para a sociedade.

Dessa forma, aplicando esse entendimento no caso em análise, restará mais fácil a aplicação de tratamento aos usuários de drogas, não havendo penas, nem mesmo alternativas e sim um tratamento para quem consome drogas, o que acarretará maiores chances de ressocialização, tendo como objetivo diminuir o número de pessoas envolvidas com o consumo destas substâncias ilícitas.

REFERÊNCIAS

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niterói: Lumen Juris, 1993.

SILVA, Amaury. **Lei de Drogas anotada: Lei no. 11343/ 2006**. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

WEDY, M.T. CALLEGARI, André Luís. **Lei de drogas aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada: Lei no. 11343/ 2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova Lei sobre drogas: Lei no. 11.343/2006 comentada**. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2006.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **A Nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006): Comentada e Anotada**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

MENDONÇA, Andrey Borges de e CARVALHO, Pulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas: 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal**. ed. Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

CABALLERO, Francis; BISIQU, Yann. **Droit de la drogue**. Paris: Dalloz, 2000. Traduzido.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos, as drogas tornadas lícitas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CERVINI, Raul. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1998.

FILHO, Vicente Greco e RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 2a Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CHECAIRA, Sérgio Salomão. JUNIOR. Alceu Correa. **Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARIEL DOTTI, René. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal (Série As ciências criminais no século XXI: V.5)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 102.940/ES, Relator ministro Sepúlveda Pertence. Brasília 13.02.2007.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 102.940/ES, Relator ministro Ricardo Lewandowski. Brasília 15 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Lei de Introdução do Código Penal (1941). ed. São Paulo: São Paulo, 2006.

LEAL, João José. Tráfico de Drogas e Controle Penal: Nova Política Criminal e Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico Ilícito de Drogas. Revista IOB de Direito Processual Penal, n° 43 - Abril/Maio 2007.

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.

FROTA, Hidemberg Alves Da. **Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade**. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008.

Anteprojeto de Código Penal Brasileiro, número 1.034/2011 do Senador Pedro Taques, art. 212.

SCHNEEDORF NOVI, Clarissa Helena. Os efeitos da descriminalização das drogas. Disponível em <www.atitudem.com.br>. Acesso em 20 de março de 2012.

BRASÍLIA. Legislação do SISNAD. Disponível em www.camara.gov.br acessado em: 21 de maio de 2012.

BRASÍLIA, OMS. Disponível em: www.opas.gov.br acessado no dia 22 de junho de 2012.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/marcelogoncalvessaliba/usuarios.htm> acessado em 22 de junho de 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idiNoticia=33089 acessado em 10 de julho de 2012.