

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

A POLÍTICA DE DROGAS EM RELAÇÃO AO USUÁRIO:  
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 11.343/2006

CAROLINA RODRIGUES DA SILVEIRA

RIO DE JANEIRO

2008

CAROLINA RODRIGUES DA SILVEIRA

A POLÍTICA DE DROGAS EM RELAÇÃO AO USUÁRIO: ASPECTOS  
CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 11.343/2006

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

Orientador: Prof.a. Dra. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

RIO DE JANEIRO

2008

Silveira, Carolina Rodrigues da. ' A política de drogas em relação ao usuário: aspectos controvertidos da Lei nº 11.343/2006 / Carolina Rodrigues da Silveira - 2008.

64 folhas

Orientadora: Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues. ' Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito. Bibliografia: f. 62-64

1. Direito penal - Monografias. 2. Uso, transporte ou guarda de substâncias entorpecentes. I. Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 341.55553 ' 1

CAROLINA RODRIGUES DA SILVEIRA

A POLÍTICA DE DROGAS EM RELAÇÃO AO USUÁRIO: ASPECTOS  
CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 11.343/2006

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

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues – Presidente da Banca Examinadora  
Prof.a. Dra. da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientadora

---

2º Examinador

---

3º Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos aqueles que contribuíram de alguma forma na elaboração deste trabalho, em especial, à minha orientadora Luciana Boiteux, incansável no apoio e paciência destinados a mim na busca de um aperfeiçoamento acadêmico. Seu exemplo de dedicação e competência será fundamental na minha formação e amadurecimento pessoal e profissional.

## RESUMO

Silveira, C. R. da. *A política de drogas em relação ao usuário: aspectos controvertidos da Lei nº 11.343/2006*. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O estudo da política de drogas em relação ao usuário tem por objetivo identificar as principais interpretações e questionamentos acerca do tema. Para melhor compreensão, a primeira parte volta-se à explanação de quatro modelos de controle de drogas, quais sejam proibicionista, despenalizador, reducionista e legalizador, bem como suas aplicações concretas no direito comparado, através de breve análise das legislações da França, Holanda, Espanha e Portugal. Na segunda parte analisa-se o tratamento legal destinado ao usuário de drogas no Brasil, antes e após a edição da Lei 11.343/2006 que excluiu a pena privativa de liberdade. A terceira parte dedica-se à apreciação dos aspectos controvertidos quanto: (i) a natureza jurídica do tipo penal de posse de drogas para consumo pessoal previsto no artigo 28, (ii) os princípios constitucionais violados e (iii) as críticas à política criminal de drogas adotada pela novel legislação. Assim, através da análise da política de drogas vigente na atualidade, que criminaliza o uso de drogas, chega-se à conclusão do seu fracasso na busca de um ideal de abstinência.

Palavras-Chave: Drogas; Usuário; Política Criminal.

## ABSTRACT

Silveira, C. R. da. *A política de drogas em relação ao usuário: aspectos controvertidos da Lei nº 11.343/2006*. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The study of drug policy in relation to the user aims to identify main issues and interpretations about the subject. For better understanding, the first part back to the explanation of four models of control of drugs, which are prohibitionist, decriminalized, legalized and reductionist, as well as their practical applications in comparative law, with brief analysis of France, Holland, Spain and Portugal laws. In the second part examines the legal treatment for drugs' user in Brazil, before and after the Law 11.343/2006 that excluded the prison penalty. The third part analyses some issues that are under relevant debates, such as: (i) the legal nature for the criminal possession of drugs for personal consumption under Article 28, (ii) violated the constitutional principles and (iii) the criticism of the criminal policy drug legislation adopted by the new Brazilian law. Thus, by analyzing the existing drug policy, in actuality, which criminalizes the use of drugs, you arrive at the conclusion of its failure in search of an abstinence ideal.

Keywords: Drugs; Criminal Policy; User.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 POLÍTICAS CRIMINAIS COM RELAÇÃO À POSSE E O USO DE DROGAS</b> .....	11
<b>2.1 Modelos de controle de drogas e a figura do usuário</b> .....	11
2.1.1 <u>Proibicionista Clássico</u> .....	12
2.1.1.1 Estados Unidos ( <i>EUA</i> ).....	15
2.1.2 <u>Reduccionista ou Modelo de Redução de Danos</u> .....	17
2.1.2.1 <i>Práticas de redução de danos no Brasil</i> .....	19
2.1.2.2 <i>Justiça Terapêutica: Redução de Danos?</i> .....	22
2.1.3 <u>Despenalizador</u> .....	25
2.1.3.1 <i>França</i> .....	28
2.1.3.2 <i>Holanda</i> .....	29
2.1.3.3 <i>Espanha</i> .....	31
2.1.3.4 <i>Portugal</i> .....	32
2.1.4 Legalizador.....	34
<b>3 A FIGURA DO USUÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	37
<b>3.1 Panorama Histórico</b> .....	37
3.1.1 A Lei nº 6.368/1976.....	38
3.1.2 A Lei nº 10.409/2002.....	39
<b>3.2 A Lei nº 11.343/2006</b> .....	40
3.2.1 Diferenciação entre usuário e traficante.....	42
3.2.2 Diferenciação entre usuário e dependente.....	44
3.2.3 Transação Penal.....	46
3.2.4 Reincidência.....	47
3.2.5 A aplicação do princípio da insignificância.....	48
<b>4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS</b> .....	50
<b>4.1 Natureza Jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/2006</b> .....	50
<b>4.2 Princípios violados pela Lei nº 11.343/2006</b> .....	53
4.2.1 Princípio da Lesividade.....	54



4.2.2 Princípio da Igualdade e do <i>ne bis in idem</i> .....	56
.....	
4.3 Críticas à política criminal adotada pela Lei nº 11.343/2006.....	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a política de drogas em relação ao usuário prevista na Lei nº 11.343/2006, assim como a doutrina e jurisprudência sobre o delito de posse de drogas para uso pessoal.

Ressalte-se que o objeto deste estudo restringe-se à figura do usuário, não incidindo sobre o tráfico, em decorrência da necessidade de delimitação do tema que se tornaria demasiadamente amplo.

A escolha do tema justifica-se pela atualidade de seu objeto, diante do pouco tempo de vigência da lei e das controvérsias em torno do usuário.

Convém destacar ainda a relevância do estudo das políticas de drogas no corrente ano, tendo em vista que a meta de “um mundo sem drogas” para o ano de 2008, estabelecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1998 não foi alcançada. Daí a importância da ampliação das discussões sobre o tema, já que em 2009 haverá uma reunião com o propósito de revisão deste plano de ação.

Desta forma, o presente estudo tem como objetivos a identificação dos modelos de políticas de drogas e a explanação das principais interpretações e questionamentos acerca do tratamento destinado ao usuário de drogas pela Lei nº 11.343/2006.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a pesquisa jurisprudencial e o estudo do direito comparado por meio da investigação de lei.

Assim, foram selecionadas e brevemente analisadas as legislações, concernentes à matéria, da França, Holanda, Espanha e Portugal, tendo em vista que estes países são exemplos distintos de aplicação de um modelo alternativo à política repressora predominante na atualidade, qual seja a proibicionista que possui como exemplo prático os EUA.

Pretende-se discutir os seguintes problemas:

O fato de o usuário de drogas não mais ser punido com pena privativa de liberdade, mesmo que na fase de execução descumpra a medida educativa imposta, gerou discussão quanto à natureza jurídica do artigo 28. Assim, o uso de drogas teria permanecido como crime, tendo ocorrido apenas a despenalização, este seria uma infração penal *sui generis*, ou, ocorreu *abolitio criminis*?

Diante dos princípios da intervenção mínima e da lesividade do direito penal, o uso de droga ilícita agride bem jurídico de modo relevante a ponto de justificar a sua criminalização?

Partindo-se da premissa de que o Brasil sempre adotou uma política de drogas repressiva em consonância com o proibicionismo aplicado nos EUA, e tendo em vista a exclusão da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário pode-se considerar a Lei nº 11.343/2006 um avanço na política de drogas adotada no Brasil?

Diante disto, no escopo de melhor apresentar o estudo, o tema é dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo traz uma análise dos quatro modelos de controle de drogas existentes: proibicionista clássico, despenalizador, reducionista e legalizador. Ainda são brevemente analisadas suas aplicações no direito comparado, mais precisamente a legislação dos seguintes países: EUA, Espanha, Holanda, França e Portugal.

O segundo capítulo analisa o tratamento legal do usuário pela legislação brasileira, por meio de um estudo sobre a legislação pretérita para se verificar as mudanças ocorridas.

No último capítulo serão vistas as questões polêmicas quanto à natureza jurídica e a constitucionalidade do mencionado tipo penal previsto no artigo 28 e quanto à política criminal adotada pela Lei nº 11.343/2006.

## 2 POLÍTICAS CRIMINAIS DE DROGAS COM RELAÇÃO À POSSE E O USO DE DROGAS

### 2.1 Modelos de controle de drogas e a figura do usuário

A problemática das drogas faz-se presente em todos os países do mundo, seja em relação aos aspectos que envolvem o tráfico internacional de drogas, até os reflexos que o consumo reflete no âmbito da sociedade. Desta maneira, justifica-se o estudo das políticas criminais adotadas, para que possa ser visualizada aquela que melhor se adequará à realidade brasileira e as peculiaridades a ela inerentes, tendo em vista, ainda, o panorama internacional.

Pode-se dizer que o uso de drogas é uma realidade na sociedade, sendo que não é de hoje o consumo dessas substâncias hoje consideradas ilícitas. Por exemplo, o ópio e a cannabis já eram utilizados 3.000 anos antes de Cristo<sup>1</sup>. Nos dias de hoje, o uso de drogas representa um fato social complexo, que implica questões culturais, políticas e econômicas e também o preconceito ainda arraigado na sociedade.

Nesse trabalho, se utiliza os modelos de controle de drogas, tal como propostos por Luciana Boiteux<sup>2</sup> com o objetivo de estudar a política criminal de drogas atual. Assim, há quatro modelos gerais que se diferenciam pela maior ou menor atuação do controle penal, configurando o proibicionista como o mais repressivo e o legalizador como uma alternativa fora do controle penal, havendo os modelos intermediários, que são o reducionista que utiliza políticas de saúde pública e o despenalizador.

Assim, a seguir analisar-se-ão os modelos de controle de drogas em relação à figura do usuário.

---

<sup>1</sup> [GOMES, Luiz Flavio \(Coord.\). Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.](#)

<sup>2</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006, com base em Francis Caballero e Yann Bisiou.

### 2.1.1 Proibicionista

O proibicionismo é caracterizado pela repressão às drogas, havendo um controle penal da oferta, produção e consumo. Tal controle é efetuado pela ameaça de punição, principalmente pela pena privativa de liberdade visando a alcançar, desta forma, um ideal de abstinência.<sup>3</sup>

Este modelo sustenta-se em dois fundamentos básicos: a distinção entre drogas lícitas e ilícitas e a convicção de que o único meio eficaz para reduzir ou eliminar os danos causados pelo consumo das drogas ilegais é a repressão penal.<sup>4</sup>

Convém destacar que o proibicionismo é o modelo imposto pelas Organizações das Nações Unidas (ONU) através de três Convenções sobre as drogas, que são: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.<sup>5</sup>

Assim, a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 instituiu um amplo sistema internacional, pois reforçou o controle sobre a produção, distribuição e comércio e ainda proibiu expressamente o fumo e a ingestão de ópio, além da mastigação da folha de coca e o uso não médico da canabis. Esta convenção ainda atribuiu responsabilidade aos países signatários na aplicação de tais medidas nas legislações nacionais.<sup>6</sup>

Já a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1972 incluiu as drogas psicotrópicas no rol das substâncias proibidas, além da submissão a controle internacional de sedativos-hipnóticos e tranquilizantes a partir da sua entrada em vigor no ano de 1976.<sup>7</sup>

Por fim, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 internacionalizou a política norte-americana de “guerra às

<sup>3</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 46.

<sup>4</sup> CARVALHO, Salo de et al. O tratamento de dependentes de drogas (ilícitas) no Brasil e na Espanha: justiça terapêutica e redução de danos. *Revista Contemporânea de Ciências Sociais Aplicadas da Faplan*. Vol. 3, n. 5, p. 56-76, jul./dez., 2006. p. 57.

<sup>5</sup> KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: n. 23, p. 77-90, jul./dez. 2006. p. 77.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 39.

<sup>7</sup> Ibidem. p. 40.

drogas”, com um enfoque extremamente repressivo, havendo a indicação de incriminação com pena de prisão ao usuário que estivesse na posse de drogas, mesmo para consumo pessoal, pois de acordo com a convenção as condutas de posse, compra ou cultivo para uso pessoal também estariam inseridas na definição de “tráfico ilícito”, sendo uma medida questionável do ponto de vista constitucional<sup>8</sup>.

Após décadas de aplicação do modelo proibicionista de forma acrítica, este passou a ser discutido na esfera internacional em 1998, quando foi realizado o Período Especial de Sessões sobre o Problema Mundial das Drogas da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas com o objetivo de análise dos resultados da aplicação das três convenções.

Nesta reunião optou-se pela manutenção do modelo proibicionista mediante um plano decenal (1998/2008), apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas, intitulado “Um Mundo Sem Drogas: podemos consegui-lo”, a ser alcançado nesse ano de 2008<sup>9</sup>.

Ocorre que a próxima reunião da ONU com o objetivo de reavaliar as estratégias dessa política proibicionista foi remarcada para março de 2009, diante da necessidade de ampliar as discussões, já que nesses 100 anos de proibicionismo o consumo não diminuiu e a criminalidade aumentou.

Assim, não há dúvidas de que se está longe de um “mundo sem drogas”, sendo tal modelo atual de controle de drogas passível de inúmeras críticas, como se verá a seguir.

Tendo em vista a não diminuição do consumo e da criminalidade e o fato de se estar longe de um “mundo sem drogas” tal modelo de controle de drogas é passível de inúmeras críticas, expostas a seguir.

Uma das críticas ao proibicionismo refere-se ao seu caráter autoritário, que ao tentar impor um ideal de abstinência a sociedades complexas e diversificadas, desrespeita os modos de vida alternativos e de outras culturas. Um exemplo deste desrespeito é a proibição da folha de coca que tradicionalmente é utilizada pelas comunidades indígenas nos Andes<sup>10</sup>.

Isso ocorre porque a definição das drogas como “ilícitas” ou “lícitas” se deu por conveniência política, sem que houvesse qualquer respaldo em conclusões técnicas definitivas

---

<sup>8</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 43.

<sup>9</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Coord). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 207.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 47

quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância controlada, conforme destaca Maria Lucia Karam:

O exercício de poder, consubstanciado na proibição criminalizadora de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo das drogas qualificadas de ilícitas, se viabiliza através da artificial distinção efetuada pela intervenção do sistema penal, que permite apresentar as substâncias e matérias-primas proibidas (como a maconha, a cocaína, a heroína, a folha de coca) como se fossem diferentes de outras substâncias psicoativas não proibidas (como o álcool, o tabaco, a cafeína), permitindo, assim, que as substâncias e matérias-primas proibidas e condutas a elas relacionadas sejam identificadas, como no preâmbulo da Convenção Única de 1961, como um ‘flagelo’ ou, como no preâmbulo da Convenção de Viena de 1988, como um ‘perigo de incalculável gravidade’ <sup>11</sup>.

Maria Lucia Karam<sup>12</sup> sustenta, ainda, que a premissa do proibicionismo de que são as drogas que geram a violência é equivocada, tendo em vista que seria a própria ilegalidade que geraria a produção de empresas criminalizadas no mercado, que possuem a violência como um subproduto como consequência do enfrentamento da repressão e da impossibilidade de acesso aos meios legais.

Tratando mais especificamente sobre os resultados da política proibicionista adotada no Brasil, Salo de Carvalho aponta que:

[...] o proibicionismo apenas potencializou efeitos colaterais à incriminação; da promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e com intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis a 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<sup>13</sup>.

Diante do fracasso dos objetivos de tutela da saúde pública a que este modelo se propõe a realizar, Maria Lucia Karam assinala ainda que:

Impondo a clandestinidade à produção, à distribuição e ao consumo, o proibicionismo criminalizador impede o controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, de impureza e de desconhecimento de sua potência, com os riscos maiores

11 KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: n. 23, p. 77-90, jul./dez. 2006. p. 87.

12 Ibidem. p. 89.

13 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 172.

daí decorrentes. A intervenção do sistema penal, estendendo-se ao momento do consumo das drogas tornadas ilícitas, igualmente repercute sobre as condições em que tal consumo se realiza. Além de dificultar a informação e a assistência, a clandestinidade conseqüente à intervenção do sistema penal cria a necessidade de aproveitamento imediato de substâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas conseqüências aparecem de forma mais dramática na difusão de doenças transmissíveis como a AIDS e a hepatite<sup>14</sup>.

Flagrante, assim, o insucesso deste modelo proibicionista, no tocante a prevenção do uso de drogas, pois com a manutenção das drogas na ilegalidade, verifica-se um aumento na criminalidade e também dos problemas reflexo disso, como os sanitários e econômicos.

A seguir, será brevemente retratado o exemplo norte-americano de aplicação do proibicionismo, sendo os EUA o país defensor desta política repressora.

#### 2.1.1.1 *Estados Unidos (EUA)*

O modelo proibicionista de controle de drogas foi positivado nos EUA com a edição da primeira legislação ocidental que punia o uso e a venda de psicoativos, o *Harrison Act* de 1914, juntamente com a política da “Lei Seca” entre os anos de 1919 e 1933, que considerou ilícito o consumo e a venda de álcool no país<sup>15</sup>.

Com relação ao fato de o controle proibicionista de drogas nos EUA ter se originado por questões raciais e preconceituosas, Luciana Boiteux destaca:

Essa associação entre controle de drogas e minorias nos EUA sempre esteve presente na percepção social das drogas: fazia-se uma ligação entre um determinado tipo de droga e um grupo específico temido ou rejeitado dentro da sociedade, normalmente com conotações racistas. Assim, originalmente, a cocaína e a heroína eram associadas aos negros, a maconha aos mexicanos, o ópio aos chineses, o álcool aos irlandeses, o que leva à suposição que a opção criminalizadora do modelo proibicionista norte-americano baseava-se no preconceito racial e social e visava a impor maior controle social às

<sup>14</sup> KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: n. 23, p. 77-90, jul./dez. 2006. p. 88.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 50.



minorias e a manter a dominação do grupo social hegemônico: os brancos puritanos<sup>16</sup>.

Nos anos 90 foram criadas leis ainda mais repressivas que aumentaram o número de substâncias sob controle, reduzindo ainda mais as liberdades individuais com o objetivo da busca pelo ideal de abstinência.

Neste sentido, em 1994 o *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* autorizou a criação das *Drug Courts*, jurisdições especializadas em delitos de uso de entorpecentes, cujo intuito é o de submeter o acusado de porte ou uso de entorpecentes a tratamento forçado<sup>17</sup>.

As *Drug Courts* são típicas do modelo proibicionista, pois exigem do usuário a abstinência como condição para isentá-lo de pena ou livrá-lo do processo penal. Assim, Janaína Conceição Paschoal relata ainda que:

As Cortes de Drogas são espécies de Varas Especializadas, para as quais são encaminhados, quase que imediatamente, os sujeitos presos portando drogas para uso próprio. Em Alguns Estados, as Cortes de Drogas têm competência também para analisar pequenos tráficos e crimes ligados ao uso, abuso e dependência de drogas desde que não praticados com violência à pessoa<sup>18</sup>.

Assim, a definição dos crimes e sanções relacionados às drogas está previsto no título 21 do United States Code (US Code) que possui a divisão de três categorias de delitos (A, B e c) e impõe o controle de acordo com o risco de abuso da substância proibida e a dependência física ou psicológica<sup>19</sup>.

Desta forma, a criminalização da posse para uso próprio está prevista no artigo 844, a do 21 USC, havendo a equiparação da oferta a título gratuito de *cannabis* com a posse da substância para fins pessoais (art. 841, b, 4 do 21 USC), com a punição de multa civil (ou administrativa) de até US\$ 10 mil, substituindo a sanção penal, independente da substância envolvida.

A presunção de finalidade da droga para uso pessoal ocorre nos determinados limites: um grama de produto contendo um montante detectável de heroína, de folhas de coca, de cocaína ou de metanfetamina, um décimo de grama de crack, quinhentos miligramas de LSD

<sup>16</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 65.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 59.

<sup>18</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. A justiça Terapêutica aqui e as Cortes de Drogas lá. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 14, n. 166, p. 3-4, set. 2006. p. 3-4.

<sup>19</sup> Disponível em: [http://www4.law.cornell.edu/uscode/uscode21/usc\\_sup\\_01\\_21.html](http://www4.law.cornell.edu/uscode/uscode21/usc_sup_01_21.html).

e uma onça (28,35g) de *cannabis*. A definição de porte para fins pessoais é negativa, ou seja, por exclusão, quando não demonstrar a intenção de tráfico<sup>20</sup>.

No entanto, a multa de natureza civil para posse de drogas, prevista no item 844, só poderá ser aplicada duas vezes, sendo que no caso de não ser possível a sua aplicação, haverá a instauração de um processo penal por posse simples. Assim, no caso da pessoa ser processada pela terceira vez, sanções penais poderão ser aplicadas.

Já no caso de consumo de drogas que causam dependência física (heroína ou crack), o usuário é conduzido automaticamente à instauração de processo.

Cumprê ressaltar que a punição para o uso e a posse de crack é ainda mais severa, com pena mínima de cinco a vinte anos de reclusão, podendo variar de acordo com a quantidade apreendida, sendo que o usuário será encarcerado desde sua primeira condenação pelo tempo mínimo de cinco anos<sup>21</sup>.

Convém destacar que em alguns estados norte-americanos há a aplicação de algumas políticas de redução de danos, como na Califórnia, onde há o oferecimento gratuito à população da substituição da heroína pela metadona oral no *San Francisco General Hospital*, em parceria com a *University of California/ SF*<sup>22</sup>.

Nesse sentido, o modelo federal é proibicionista, porém nos Estados há aceitação de algumas práticas de redução de danos.

### 2.1.2 Reduccionista ou Modelo de Redução de Danos

A política de redução de danos é caracterizada por princípios de saúde pública que objetivam minimizar as conseqüências e riscos decorrentes do uso de drogas, incluindo as lícitas (cigarro, álcool e medicamentos), enfatizando a prevenção e o tratamento voluntário dos usuários, ou seja, não há distinção, para efeito de prevenção, entre drogas lícitas e ilícitas.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 60.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 61.

<sup>22</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Coord). *Op. cit.* p.94.

<sup>23</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de

Conforme preleciona Elisangela Melo Reghelin<sup>24</sup>, “o modelo ou estratégia preventiva de redução de danos é uma tentativa de minimização das conseqüências adversas do consumo de drogas, do ponto de vista da saúde e de seus aspectos sociais e econômicos sem, necessariamente, reduzir esse consumo”.

Assim, baseada na prevenção e na saúde pública, a política de redução de danos não exige do usuário um ideal de abstinência, e sim a moderação através do uso controlado de drogas e de sua substituição por condutas menos arriscadas.

Cumpra elucidar que há diferenciação entre os termos “redução do risco” e “redução do dano”, pois o risco possui correlação com a possibilidade de um evento ocorrer, já o dano corresponde à ocorrência do próprio evento. Assim, levando-se em conta que comportamentos associados ao prazer, como o uso de drogas, são difíceis de serem alterados, “evitar o dano representa uma atitude mais pragmática do que evitar o risco”<sup>25</sup>.

Neste sentido, dentre as várias formas de atuação das políticas reducionistas há as seguintes: educação e informação sobre os riscos aos usuários, distribuição de seringas, acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário, criação de narco-salas, ou locais de consumo permitido, implantação de programas de substituição, prescrição de heroína a viciados e programas de reinserção social e de melhoria da qualidade de vida dos viciados<sup>26</sup>.

Assim, além de incentivar o uso seguro, esta política possui também como estratégia o tratamento voluntário de desintoxicação por meio de programas de substituição de drogas ilícitas por outras substâncias. Nesse sentido Luciana Boiteux ressalta que:

Em um enfoque mais amplo, os programas de redução de danos devem ir mais além da prevenção de doenças, e trabalhar igualmente com a auto-estima e com a melhoria das condições de vida dos dependentes de drogas, lícitas e ilícitas. Devem incluir ainda a implementação de projetos educativos, com elaboração de materiais informativos, garantir assistência jurídica gratuita, e incentivar o treinamento de pessoas da rede de saúde. Mostra-se igualmente necessária a ampliação dos programas já existentes, dentre eles o programa de troca e distribuição de seringas, de modo a atingir níveis capazes de causarem um efetivo impacto epidemiológico<sup>27</sup>.

---

São Paulo, 2006. p. 69.

<sup>24</sup> REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos: Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.74.

<sup>25</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Coord). *Op. cit.* p.184.

<sup>26</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 70.

<sup>27</sup>RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de

A autora destaca ainda que “o mais importante em qualquer estratégia de prevenção é a consideração do usuário de droga não como um “doente”, mas como um ser humano que fez uma escolha de comportamento social não necessariamente saudável, e por isso não pode ser estigmatizado, mas “acolhido” <sup>28</sup>.

Cumprido destacar que a política de redução de danos não contraria diretamente as Convenções da ONU de controle de drogas, já que não pressupõe a descriminalização do uso de drogas<sup>29</sup>, já tendo sido, inclusive, utilizada esta nomenclatura pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1993, como exemplo de alternativas a troca de seringas no controle da epidemia de AIDS entre usuários de drogas injetáveis. Porém, nos documentos oficiais, na esfera internacional do controle penal de drogas há uma resistência à inclusão do conceito de redução de danos.

Desta forma, pode ser verificada uma tendência européia pela aplicação desta política reducionista baseada em princípios de saúde pública em contraponto à política repressiva oficial estabelecida pela ONU.

#### 2.1.2.1 *Práticas de redução de danos no Brasil*

As primeiras práticas de redução de danos ocorreram no Brasil devido à necessidade de aplicação de medidas pragmáticas de diminuição dos riscos no consumo de drogas injetáveis face epidemia de AIDS que assolava o país, sem que houvesse uma legislação tratando do tema.<sup>30</sup>

O primeiro programa experimental ocorreu no ano de 1989 em Santos, no estado de São Paulo, que tinha como objetivo a prevenção na conduta de compartilhamento de seringas

---

São Paulo, 2006. p. 73.

<sup>28</sup>*Ibidem*. p. 71.

<sup>29</sup> REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.168.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p.164.

e agulhas, a fim de evitar a transmissão de doenças infecto-contagiosas e ainda, a conscientização do usuário sobre os riscos eminentes do comportamento.

Na época tal programa foi interrompido devido à ordem judicial, que erroneamente o enquadrava nas condutas previstas no art. 12 §2º, I e III da Lei nº 6.368/1976, quais sejam, quem “induz, instiga ou auxilia” e “contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido”. Após uma longa batalha judicial, no entanto, as autoridades começaram a se sensibilizar para a questão.<sup>31</sup>

Evidencia-se, assim, as dificuldades encontradas num país como o Brasil, que adota o modelo proibicionista, na introdução de programas de redução de danos, que são: a legislação repressiva, o medo da polícia, o preconceito, a falta de informação, de consciência e o receio de ser associado a algum grupo de usuário e acabar estigmatizado.<sup>32</sup>

Após a experiência de Santos, a redução de danos foi adotada como estratégia de saúde pública por vários municípios, sendo que o primeiro projeto foi criado em Salvador, na Bahia no ano de 1995, mesmo sem haver previsão em lei específica.<sup>33</sup>

Desta forma, posteriormente houve a necessidade de edição de leis que autorizassem as ações de redução de danos para que não ocorressem ameaças de enquadramento penal, sendo pioneira a Lei nº 9758/1997, do Estado de São Paulo. Atualmente, tais legislações estão previstas em outros cinco estados: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais.<sup>34</sup>

Cumprе destacar que a política de redução de danos foi oficialmente reconhecida pela Portaria nº 1.028/2005 do Ministério da Saúde que regulamentou “as ações que visem à redução de danos sociais e à saúde decorrentes do uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência”. Porém, a regulamentação de poucas ações de redução de danos acabou restrita à prevenção de doenças infecto-contagiosas, como a troca de seringas, a distribuição de preservativos e de insumos necessários à aplicação das injeções. <sup>35</sup>

---

31 *Ibidem*. p.95.

32 REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.127.

33 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 165.

34 RIBEIRO, Maurides de Melo. A redução de danos e a legislação penal. In: NIEL, Marcelo; da Silveira, Dartiu Xavier (orgs). *Drogas e Redução de Danos: uma cartilha para profissionais de saúde*. São Paulo, 2008, p. 53-58. p. 54.

35 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 166 *et seq.*

Assim, após a necessidade de previsão legal destas políticas, ultimamente tem se visto uma maior preocupação com os direitos do indivíduo que utiliza drogas, e como exemplo tem-se a Lei do Estado de São Paulo nº 12.258/2006 que trata da prevenção, tratamento e dos direitos fundamentais dos usuários.<sup>36</sup>

Este avanço é verificado, principalmente, com a edição da Lei nº 11.343/2006 que visou instituir um Sistema Nacional de Políticas Públicas, enquanto que as legislações anteriores somente previam de forma superficial medidas de prevenção e repressão ao tráfico e uso indevido de substâncias.

Nesse sentido, a lei nº 11.343/2006 trouxe de forma ampla o reconhecimento e a adoção do modelo de redução de danos, conforme as seguintes redações:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

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

Já Salo de Carvalho critica, dizendo que a aplicação de redução de danos é inviabilizada no Brasil devido ao fato de ser incompatível com o proibicionismo e destaca que:

No caso brasileiro, a recente Lei 11.343/06, apesar de insinuar intervenções redutoras, prevê medidas descarcerizantes que acabam sendo consumidas pela lógica da punitividade, fato que propicia identificar na base argumentativa da nova lei a inversão ideológica do discurso de contração de danos. Ou seja, é enunciada formalmente política reducionista, mas sua instrumentalização reforça a lógica repressiva<sup>37</sup>.

36 RIBEIRO, Maurides de Melo. Op cit. 54.

37 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.157.

Ocorre que as políticas de redução de danos podem ser aplicadas mesmo em países que adotam o modelo proibicionista, mas moderado, basta que haja autorização legal para que seus operadores não sejam acusados de crime.

Assim, verifica-se que a Lei nº 11.343/2006 dá continuidade a um processo de maior interação entre as políticas de saúde pública e a produção legislativa, estando em consonância com a tendência internacional pela aplicação de políticas de redução de danos.

### 2.1.2.2 *Justiça Terapêutica: Redução de Danos?*

Inicialmente cumpre destacar que a Justiça Terapêutica deve ser diferenciada da Redução de Danos, tendo em vista que a primeira pauta-se na imposição de tratamento obrigatório ao usuário e ao dependente e a segunda pressupõe a voluntariedade do indivíduo.

A Justiça Terapêutica é baseada nas *Drug Courts* norte-americanas, pois se configura na idéia de alteração do comportamento do indivíduo através de um tratamento imposto pelo poder judiciário, conforme pode ser visualizado na definição dada pela própria Associação Nacional de Justiça Terapêutica:

A Justiça Terapêutica pode ser compreendida como um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados<sup>38</sup>.

Quanto à aplicação da chamada Justiça Terapêutica Vera Malaguti Batista relata que:

O programa coopera com a criminalização exigindo testagens de abstinência obrigatórias, exigência de comparecimento regular às “terapias”, pontualidade, “vestir-se apropriadamente para as sessões de tratamento”, colaboração com a realização dos testes de drogas, “comparecer e demonstrar desempenho satisfatório na escola, estágios profissionalizantes e laborativos”; enfim todo um ritual de medidas autoritárias descartadas em quaisquer pesquisas envolvendo resultados positivos em relação à dependência química: dos Vigilantes do Peso aos Narcóticos Anônimos, não

---

38 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JUSTIÇA TERAPÊUTICA – ANJT. *Justiça terapêutica*: um instrumento para a justiça social. Disponível em: <<http://www.anjt.org.br/index.php?id=1>> Acesso em: 09 de outubro de 2008.

há um só programa sério que não indique como primeiro passo o desejo do sujeito dependente.<sup>39</sup>

Assim, a corrente que defende a justiça terapêutica não faz distinção entre usuário e dependente e ignora o fato de que a voluntariedade do indivíduo é essencial para a lógica do tratamento, sendo típica do modelo proibicionista. Nesse sentido, Elisangela Melo Reghelin destaca que:

Outrossim, verifica-se, freqüentemente, por parte dos defensores da Justiça Terapêutica, a falta de preparo na distinção entre uso, abuso e dependência de drogas. Chega a ser desnecessário dizer que o dependente, antes de tudo, foi usuário. Isso é óbvio e a questão não é esta. Ocorre que a maioria dos usuários não foi e não é dependente químico: são usuários ocasionais não apenas de drogas ilícitas, mas de drogas lícitas, como o tabaco, o álcool, o cafezinho, os medicamentos prescritos pelo médico etc. Prever uma medida compulsória e, ainda, aplicável a todos, indistintamente, não encontra fundamentação científica alguma.<sup>40</sup>

Importante frisar ainda, no que diz respeito às diferenças entre justiça terapêutica e Redução de Danos, as válidas as lições de Salo de Carvalho:

[...] Justiça Terapêutica baseada no princípio do tratamento compulsório e coercitivo e as Políticas de Redução de Danos sustentadas pelo princípio do respeito à autonomia individual. Definem, contudo, diferentes status aos usuários e dependentes de drogas, os quais demonstram sua maior ou menor adequação ao projeto constitucional e democrático de atuação dos órgãos públicos. Dessa forma, se nos sistemas de reconhecimento da autonomia o usuário ou o dependente são percebidos como sujeitos de diálogo, portadores de fala e escuta, tendo sua alteridade preservada, nos de coercibilidade o sujeito é reduzido a mero objeto de intervenção do laboratório crimino-psiquiátrico, decorrência inclusive da inexistência de distinção entre usuários e dependentes.<sup>41</sup>

Podem ser visualizadas três modalidades de aplicação da Justiça Terapêutica: como pena de tratamento, em sede de transação penal ou em substituição à pena privativa de liberdade após a condenação.<sup>42</sup>

39 BATISTA, Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*. Disponível na Internet: < [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=127](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=127) >. Acesso em: 28 de setembro de 2008.

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

41 CARVALHO, Salo de et al. *Op. cit.* p. 74.

42 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; RIBEIRO, Maurides de Melo. *Justiça Terapêutica: Redução de Danos ou Proibicionismo dissimulado?* (No prelo, ed. Sérgio Dario). p.05.



A experiência como pena de tratamento foi realizada no Rio de Janeiro com financiamento do governo norte-americano através do Juizado da Infância e do Adolescente, em parceria com o PROUD (Programa Especial para Usuários de Drogas) e se dirigia a crianças e adolescentes infratores de 12 a 18 anos, com a finalidade de concessão da remissão, prevista no art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo uma forma de suspensão do processo se o menor se submetesse ao tratamento<sup>43</sup>.

Ainda no regime da Lei nº 6.368/1968, apesar da inexistência de uma previsão obrigatória para a justiça terapêutica, em sede de transação penal a mesma acontecia em alguns Estados como Pernambuco e São Paulo, por meio de “acordos” formais, na intenção de afastar o usuário e o dependente da pena privativa de liberdade<sup>44</sup>.

A terceira modalidade, em que a imposição do tratamento ocorre em substituição à pena privativa de liberdade após a condenação teria como base legal uma extensão das previsões dos artigos 43 e 44 do Código Penal quanto à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou como uma condição da suspensão condicional da pena prevista no artigo 77 do referido código.<sup>45</sup>

Com o advento da Lei nº 11.343/2006, apesar de não haver previsão expressa quanto à proibição da Justiça Terapêutica, não se considera a possibilidade de a mesma ser aplicada, já que tal programa é incompatível com os fundamentos previstos na novel legislação como o respeito à autonomia e à liberdade da pessoa humana (art. 4º, I) e “o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III).<sup>46</sup>

Já Salo de Carvalho visualiza que a previsão de imposição de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III) poderia propiciar “chaves de interpretação autoritárias no que diz respeito ao tratamento dos dependentes de drogas, mormente se não for efetivamente observado o princípio de autonomia individual” <sup>47</sup>.

Neste sentido, alguns autores, como Alexandre Bizzotto<sup>48</sup>, consideram a possibilidade de tal “comparecimento a programa ou curso educativo” configurar na frequência a programas de terapia fornecidos por entidades de recuperação, que possuiriam a finalidade de

43 Ibidem. p .6.

44 Ibidem. p.7.

45 Ibidem. p.8.

46 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; RIBEIRO, Maurides de Melo. *Justiça Terapêutica: Redução de Danos ou Proibicionismo dissimulado?* (No prelo, ed. Sérgio Dario). p.9.

47 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.159

48 BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova Lei de Drogas - Comentários à Lei N. 11.343.*

2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007..p. 47.

alterar a conduta do consumidor, seja um hábito (usuário) ou vício (dependente). No entanto, tal medida não está incorporada ao “espírito” da nova lei de drogas, nem dos seus princípios, razão pela qual se discorda deste autor.

### 2.1.3 Despenalizador

O modelo despenalizador caracteriza-se por ser um modelo alternativo no controle do uso e da posse de drogas, sendo intermediário entre os modelos proibicionista e legalizador. Assim, consiste na diminuição da resposta penal, havendo três formas distintas: despenalização *stricto sensu*, descarcerização e descriminalização.<sup>49</sup>

A despenalização ocorre quando apesar da manutenção da conduta como crime no texto legal, na prática o usuário é liberado de qualquer sanção, seja pela interpretação jurisprudencial ou pela não instauração de procedimentos penais nos países onde a atuação do Ministério Público é regida pelo princípio da oportunidade.

Como exemplo tem-se o caso *sui generis* da Holanda, que será retratado no item 2.1.3.2, que adota este modelo de forma ampliada, já que além do uso, há tolerância a condutas de comércio de drogas leves e ao cultivo para uso próprio.

Uma das críticas a esta vertente se dá pela instabilidade da norma, pois o usuário não possui garantias de que não será punido, já que dependerá de inúmeros fatores, como a interpretação da norma e a postura do Ministério Público ou do juiz.

Já a descarcerização se configura quando apenas a pena privativa de liberdade não é aplicada ao usuário, mesmo havendo sua previsão no texto legal. Assim, há a possibilidade de substituição por medidas alternativas, das quais se destacam: a prestação de serviços à comunidade, a limitação de final de semana, a restrição ou suspensão da carteira de motorista, a suspensão ou restrição de porte de arma, a submissão a tratamento na forma ambulatorial, a multa, dentre outras. Tais medidas podem ser aplicadas como sanção principal ou em substituição da pena de prisão.<sup>50</sup>

---

49 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p.82.

50 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; RIBEIRO, Maurides de Melo. *Justiça Terapêutica: Redução de Danos ou Proibicionismo dissimulado?* (No prelo, ed. Sérgio Dario). p. 83

O Brasil é um país que adota a descarcerização desde a vigência da Lei nº 6.368/1976 quando eram concedidos benefícios legais como a transação penal e o *sursis*, que serão explicitados no item 3.1.1.

Convém destacar que a Lei nº 11.343/2006 em seu artigo 28, excluiu definitivamente do texto legal a previsão de pena privativa de liberdade, apesar de manter a conduta como crime, com aplicação de sanções alternativas, que serão apontadas no item 3.2.

Por fim, a descriminalização do usuário consiste na retirada da conduta do direito penal, que deixa de pertencer ao rol de crimes, o que se configura como uma alternativa na diminuição dos efeitos do proibicionismo como a estigmatização do usuário.

No entanto, há divergências dentre os defensores da descriminalização do uso quanto à quais tipos de drogas devem ser excluídos do rol dos crimes, havendo consenso apenas em relação à *cannabis*, mas não a drogas consideradas mais “pesadas”. Assim, os defensores da descriminalização somente de drogas consideradas “leves” defendem que sobriam recursos humanos e financeiros para tornar mais eficaz o combate às “drogas pesadas”.<sup>51</sup>

A descriminalização do uso pode

Cabe destacar que há duas formas de descriminalização do uso: a que não estabelece outro tipo de controle, como o adotado na Espanha, analisado no item 2.1.3.3; e aquela que substitui o controle penal pelo administrativo, adotado por Portugal, conforme será verificado no item 2.1.3.4.

Ressalte-se que tanto Portugal como Espanha adotaram a descriminalização de todas as drogas, mas a fizeram de forma cautelosa, incluindo somente pequenas quantidades, mantendo como crime o uso em locais públicos, o envolvimento de menores e quando há riscos ao público.

Salo de Carvalho identifica, dentre os inúmeros obstáculos à implantação de políticas de descriminalização, “o fato de que o fenômeno criminal e a resposta criminalizadora produzem resultados altamente eficazes de solidificação dos laços existentes entre os poderes públicos, os meios de comunicação de massa e o público consumidor da demanda punitiva”.<sup>52</sup> Cumpre

ressaltar que, apesar das barreiras existentes, a descriminalização é uma alternativa intermediária viável, já que a política repressiva não tem se mostrado com resultados satisfatórios. Desta forma, Luciana Boiteux considera que:

51 CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Coord). *Op. cit.* p. 80.

52 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.152.

A descriminalização da posse de entorpecentes, apesar de não ser a solução para todos os males do proibicionismo, além de adequar a norma penal à Constituição, tem condições de resolver alguns problemas como a estigmatização do usuário, e o envolvimento danoso deste com o sistema penal, além da redução da corrupção e da criminalidade. Com a normalização desse comportamento, as autoridades terão mais tempo para se dedicar à investigação de crimes mais graves<sup>53</sup>.

Portanto, a adoção da descriminalização consiste na real possibilidade de alteração dos efeitos do proibicionismo, tendo em vista que a despenalização e a descarcerização ainda mantêm a estigmatização do usuário como um criminoso e não o afastam do contato com o sistema penal.

A seguir será retratada a forma de atuação do modelo despenalizador nos seguintes países europeus: França, Holanda, Espanha e Portugal. Cabendo ressaltar que tais países adotam de forma ampla políticas de redução de danos.

### 2.1.3.1 França

A França é um dos países europeus que possui uma política mais repressiva, pois apesar de adotar o modelo despenalizador, pode ser considerado um país proibicionista moderado, já que em sua legislação repressiva, mesmo que em tese, há a possibilidade de prisão do usuário, apesar de possuir políticas de redução de danos e certa tolerância ao uso da *cannabis* em algumas localidades<sup>54</sup>.

---

53 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 89.

54 I RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 115.

A tipificação do uso e da posse de drogas está prevista no Código de Saúde Pública<sup>55</sup>, em que prevê pena de um ano de prisão e multa, sendo que não há a distinção do delito de tráfico do simples transporte de pequenas quantidades de entorpecentes para consumo pessoal.

Desta forma, para a legislação francesa, todos os jovens usuários são potenciais traficantes de drogas, o que é criticado severamente pela doutrina francesa, já que contraria as diretrizes europeias e a declaração dos direitos humanos, prevendo penas manifestamente desproporcionais à gravidade das condutas<sup>56</sup>.

É importante, contudo, dizer que na prática o Promotor baseia a sua acusação pela quantidade de droga encontrada e nos elementos do crime.

Assim, a aplicação da pena de prisão para o usuário ocorreu até o ano de 1996, pois a partir de então passou a ter-se uma maior tolerância na prática com os usuários considerados “não problemáticos”, sendo aqueles maiores de idade que fazem o uso privado da droga<sup>57</sup>.

Note-se aqui a adoção do modelo despenalizador, tendo em vista que o Ministério Público, em crimes menos gravosos, como o mero uso, pode optar por não realizar o procedimento penal, sendo esta uma recomendação do Ministério da Justiça Francês.

Desta forma, são aplicadas alternativas ao processo, como a multa e penas de prestação de serviços, podendo o Promotor requerer uma “injunção terapêutica”, para que a pessoa em questão se submeta a tratamento por um determinado período de tempo e assim se livre do processo.

Neste contexto, os críticos consideram a política criminal de drogas da França hipócrita, já que o país desconsidera qualquer possibilidade de alteração em sua legislação, permanecendo a ameaça pela letra da lei aos usuários, apesar de na prática não ser aplicada<sup>58</sup>.

Assim, a França caracteriza-se como um dos países europeus que tem a política criminal de drogas mais repressiva por ser um dos últimos a manter na letra da lei a possibilidade de prisão do usuário, apesar de dificilmente colocada em prática.

---

55 Disponível em: <http://eldd.emcdda.europa.eu/index.cfm?fuseaction=public.content&sLanguageISO=EN&nNodeID=5173>.

56 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 117

57 *Ibidem*. p. 118.

58 *Ibidem*. p. 119.

Entretanto, é necessário ressaltar que a política de redução de danos francesa encontra-se bastante avançada, com práticas de distribuição e troca de seringas, que possuem a venda em farmácia liberada, serviços de emergência para viciados e tratamentos de substituição<sup>59</sup>.

### 2.1.3.2 Holanda

A Holanda possui uma política de drogas *sui generis*, bastante diferente dos demais países europeus.

A principal lei de drogas da Holanda, a *Opium Act*<sup>60</sup>, após modificações realizadas em 1976, recebeu como principal alteração, a distinção entre drogas “leves” e “pesadas” baseada em dados médicos, farmacológicos, sociológicos e psicológico realizados através de estudos feitos por um grupo de trabalho formado por especialistas do governo<sup>61</sup>.

A posse de drogas “pesadas” é punida de acordo com a quantidade apreendida, sendo considerado tráfico acima de 300g das substâncias previstas na Lista I. Enquanto que até 0,2g a polícia somente apreenderá a droga e manterá o registro da ocorrência, suspendendo o processo. Já no caso de apreensão de quantidades entre 15g e 300g o indivíduo poderá ser punido com pena de prisão de seis a dezoito meses.

Devido a esta diferenciação entre drogas “leves” e “pesadas” o crime de uso, a venda e o plantio de cannabis não são punidos, apesar de previstos na lei.

O cultivo também é tolerado somente até cinco pés de maconha, havendo apenas punição por multa se o plantio for de cinco a dez pés.

Neste viés de tolerância, a Promotoria de Justiça controla e fiscaliza bares, chamados de *coffee shops*, que vendem pequenas quantidades de maconha e seus derivados, que necessitam de autorização prévia para abertura e venda de uma comissão governamental. Tais estabelecimentos devem seguir as seguintes proibições: venda de drogas pesadas; venda

<sup>59</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 121.

<sup>60</sup> Disponível em: <http://eldd.emcdda.europa.eu/index.cfm?fuseaction=public.content&sLanguageISO=EN&nNodeID=5173&pluginMethod=eldd.showlegaltexdetail&id=2142&lang=en&T=2>

<sup>61</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p.121.

conjunta com álcool; propaganda; venda a menores; distúrbios públicos. Ainda devem respeitar os limites estabelecidos para a venda, que são: quantidade de 5g por pessoa e estoque máximo diário de 500g.

Luciana Boiteux identifica os principais elementos da política de drogas da Holanda, quais sejam:

[...] i) o foco está na prevenção e na redução dos riscos sociais e individuais causados pelo uso de drogas; ii) relação racional entre esses riscos sociais e de política criminal; iii) inclusão dos riscos de uso recreacional das drogas lícitas e dos remédios nas medidas que irão ser tomadas; iv) priorização das medidas contra o tráfico de drogas (excluindo o da cannabis); v) inadequação do direito penal para lidar com qualquer aspecto do problema da droga (com exceção do tráfico). Uma das palavras-chave da política holandesa de drogas é ‘normalização’, ou seja, o problema da droga é tratado de acordo com um modelo normalizante de controle social, buscando integrar o desvio<sup>62</sup>.

Ocorre que a política adotada pela Holanda é criticada por órgãos internacionais e por países vizinhos, como a Suécia e a França, que alegam que a tolerância com a cannabis, na medida em que certos estabelecimentos são autorizados a vendê-la, configuraria o país como incentivador do “turismo da droga” <sup>63</sup>.

Na perspectiva dos modelos propostos, a Holanda pode ser incluída no modelo despenalizador *stricto sensu*, tendo em vista que o usuário não se insere no sistema penal, mas há a repressão ao tráfico de grandes quantidades de droga e fora dos locais autorizados.

### 2.1.3.3 Espanha

A Espanha adota o modelo de descriminalização do usuário, sendo um dos países europeus mais liberais em relação às drogas, pois mantém como crime somente a venda e a compra de drogas.

---

<sup>62</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 122.

<sup>63</sup> Ibidem. p. 123.

O Código Penal espanhol<sup>64</sup> de 1995 manteve a tolerância com o usuário de drogas em ambiente privado prevista pela legislação datada de 1992<sup>65</sup>, baseando-se na premissa de que o uso é um mal ao usuário e não à sociedade<sup>66</sup>. Desta forma, o uso nem a posse em locais privados são penalmente sancionados na Espanha.

Neste contexto, a jurisprudência espanhola, por decisão da Corte Suprema, considera atípica a conduta de uso de entorpecentes em grupo e a cessão gratuita da droga, bem como a de compras realizadas em grupo para uso pessoal de cada um de seus integrantes.

Ainda por determinação da jurisprudência, levando-se em consideração as circunstâncias do fato e a quantidade, é que se faz a distinção do uso do tráfico, tendo em vista não haver determinação legal dos critérios de diferenciação<sup>67</sup>.

Cabe mencionar que a ausência de critérios legais na diferenciação entre uso e tráfico constitui fator negativo da política adotada pela Espanha, tendo em vista que não há critérios objetivos previstos em lei.

Importante destacar ainda que, algumas condutas permaneceram mantidas pelo direito penal, como a condução de veículo sob o efeito de drogas (art. 379 do CP) que pode ser punida com restrição de finais de semana e multa, bem como a previsão na Lei Orgânica nº 1/1992 de infração administrativa grave o consumo de drogas em lugares públicos, sendo punível por multa não penal ou outra sanção administrativa, como a suspensão do direito de dirigir. Porém, na prática, o simples consumo de maconha em lugares públicos raramente é punível<sup>68</sup>.

Cabe dizer que as penas administrativas de multa previstas na Lei Orgânica 1/1992 em seu artigo 25.2 podem ser suspensas se o indivíduo aderir de forma voluntária ao tratamento de dependência oficial oferecido a viciados.

A Espanha adota de forma bem desenvolvida as políticas de redução de danos através de programas como a troca de seringas, inclusive nas prisões, testes de comprimidos em *raves*, tratamentos de substituição de heroína por metadona, dentre outras medidas

64 Disponível em: <http://eldd.emcdda.europa.eu/index.cfm?fuseaction=public.content&sLanguageISO=EN&nNodeID=5173&pluginMethod=eldd.showlegaltexdetail&id=590&lang=es&T=1>

65 Disponível em: <http://eldd.emcdda.europa.eu/index.cfm?fuseaction=public.content&sLanguageISO=EN&nNodeID=5173&pluginMethod=eldd.showlegaltexdetail&id=599&lang=es&T=1>

66 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006. p. 113.

67 Ibidem. p. 114.

68 Loc. cit.



Desta forma, o modelo de descriminalização do usuário adotado na Espanha é complementado por um controle administrativo sobre determinadas condutas consideradas mais graves, aliado ainda à ampla aplicação de políticas de redução de danos.

#### 2.1.3.4 Portugal

Com a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000<sup>69</sup>, Portugal descriminalizou o uso e a posse de drogas, passando a tratá-los como uma contra-ordenação, que se situa entre o direito penal e o administrativo.

Assim, um sistema do tipo administrativo passou a exercer o controle sobre o uso de drogas através de um órgão especializado de caráter interdisciplinar, denominado Comissão para a Dissuasão de Toxicod dependência, criado especialmente para o processamento, aplicação e execução de contra-ordenações específicas de consumo de drogas.

A composição deste órgão especializado está prevista no artigo 7º e possui três membros designados da seguinte forma: um jurista designado pelo Ministro da Justiça e dentre médicos, psicólogos, sociólogos e técnicos em serviço social serão escolhidos os outros dois membros pelo Ministro da Saúde e pelo membro do governo responsável pela coordenação da política de drogas e da toxicod dependência.

A classificação como consumidor, e não traficante ocorre sobre a quantidade de droga apreendida, que não poderá exceder o limite de consumo médio individual durante o período de dez dias (art. 2º n.º 2).

Ocorre que a lei não designa a exata quantidade que configuraria este consumo médio individual por dez dias. Assim, para calcular estes valores, a jurisprudência<sup>70</sup> vem adotando os limites quantitativos máximos para cada dose média individual que estão previstos no artigo

---

69 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=186&tabela=leis&pagina=1&ficha=1](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=186&tabela=leis&pagina=1&ficha=1)

70 Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ff171b8507f3d15d8025720d00534039?OpenDocument>

9º da Portaria nº 94/96 que define os procedimentos de diagnósticos e dos exames periciais necessários à caracterização do estado de toxicodependência<sup>71</sup>.

Desta forma, a autoridade policial identifica se a quantidade apreendida se insere no limite individual e elabora o auto da ocorrência que será remetido à Comissão que ouvirá o consumidor e após reunir os elementos necessários, formulará um juízo sobre: a possível toxicodependência; a natureza da substância; em que circunstâncias o indivíduo estava consumindo; o local e a situação econômica (art. 10º).

Interessante destacar que para a formulação deste juízo tanto o consumidor quanto a comissão podem solicitar exames médicos e que há a previsão da participação de um terapeuta se houver solicitação do agente.

Para estabelecer as sanções adequadas, a comissão analisa a situação do consumidor e a natureza e circunstância do consumo, ponderando quanto: a gravidade do ato, a culpa do agente, o tipo de droga, a natureza pública ou privada do consumo, o local do consumo público, se o consumidor é ocasional ou habitual e a situação pessoal do indivíduo, econômica e financeira (art. 15º). Assim, verifica-se que a lei portuguesa faz a distinção entre usuário, dependente, ocasional ou habitual.

A multa somente será imposta ao usuário em último recurso, tendo em vista que no caso de uso manifestamente ocasional a pessoa terá a multa suspensa e ficará por certo período em situação probatória. Já no caso de delitos subsequentes uma multa ou outra medida administrativa coercitiva poderá ser imposta aos usuários. Enquanto que se a pessoa for dependente, a lei exige que o caso seja remetido aos serviços de saúde ou de serviço social.

Cumprir destacar ainda que apesar das condutas de consumir, adquirir e deter para consumo próprio terem sido descriminalizadas, a ação de cultivar, ainda que para uso próprio manteve-se como crime previsto no Decreto-Lei nº 15/93 que traz o regime jurídico aplicável ao tráfico<sup>72</sup>.

Com relação à política de redução de danos, já em 1993 a Comissão Nacional de Luta Contra a Sida, em cooperação com a Associação Nacional de Farmácias, elaborou um programa nacional de troca de seringas, na prevenção da contaminação pelo vírus HIV entre

---

71 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=192&tabela=leis&pagina=1&ficha=1](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=192&tabela=leis&pagina=1&ficha=1)

72 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=181&tabela=leis&pagina=1&ficha=1](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis&pagina=1&ficha=1)

usuários de drogas injetáveis. Atualmente, Portugal possui programas de substituição de seringas e centros de atendimentos a drogados<sup>73</sup>.

#### 2.1.4 Legalizador

O modelo legalizador visa à retirada do controle penal sobre o uso, a posse e o comércio de drogas. Cabe dizer, que por ser o oposto do modelo proibicionista predominante na atualidade, não há aplicação prática em nenhum país, havendo apenas propostas teóricas destes modelos alternativos.

A liberação total das drogas, baseada no direito do indivíduo de dispor de seu corpo, preservando os princípios da liberdade e intimidade da vida privada, propõe a abolição de todas as leis restritivas. Ocorre que tal proposta é de difícil implantação e aceitação pública, tendo em vista sua vulnerabilidade em termos de saúde pública<sup>74</sup>.

Desta forma, os modelos de legalização, que prevêm um mínimo de controle na regulamentação legal das drogas ilícitas, possuem maior viabilidade de serem aplicados. São eles: legalização liberal, legalização estatizante e legalização controlada<sup>75</sup>.

A legalização liberal propõe a utilização do controle penal somente para reparação dos danos causados por um indivíduo em relação a outro na utilização das drogas, admitindo alguns controles estatais semelhantes aos adotados com relação ao álcool e tabaco, como a proibição de venda a menores.

Como crítica a esta proposta tem-se o fato de que as drogas, sendo uma mercadoria especial, necessitam de maiores restrições, a fim de se evitar um aumento da demanda.

Já no modelo da legalização Estatizante, o Estado controlaria a distribuição e a venda das drogas psicoativas, inclusive a pureza das substâncias, o que seria de difícil implementação em países em desenvolvimento como o Brasil, devido ao alto custo e aumento da possibilidade de corrupção de funcionários públicos.

---

73 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 131.

74 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 91.

75 *Ibidem*. p. 92.

Assim, resta o modelo de legalização controlada que se destaca como a proposta de maior viabilização, conforme assinala Luciana Boiteux:

Segundo seus elaboradores teóricos, o modelo de legalização controlada foi pensado como intermediário entre a ‘proibição irrealista e a descriminalização irresponsável’. Por definição, ‘é um sistema que visa à substituição da atual proibição das drogas por uma regulamentação da sua produção, do comércio e do uso com o objetivo de evitar os abusos prejudiciais à sociedade’. Seus princípios básicos são: uso discreto, propaganda proibida, produção e distribuição orientadas pelo Estado<sup>76</sup>.

Desta forma, o modelo de legalização controlada, assim como o de descriminalização do usuário, pauta-se no reconhecimento da liberdade do indivíduo em escolher pelo consumo de drogas, mas em contrapartida impõe o dever de submissão desse uso ao controle estatal. Baseia-se, assim, na ética da tolerância, em que a sociedade fará uma concessão ao legalizar as drogas sob a condição de haver moderação por parte do usuário para que haja um controle do abuso<sup>77</sup>.

Desta forma, objetivando a prevenção de abusos a terceiros, algumas condutas permaneceriam proibidas, conforme identificado por Luciana Boiteux:

A intenção é a de transformar o uso clandestino de drogas presente no modelo proibicionista, em uso discreto de drogas na legalização controlada. Porém, o uso em público seria apenas punido com multa ou sanção administrativa, evitando-se o recurso ao direito penal. Já com relação à interdição de uso da droga na direção, ou no trabalho, em tarefas que demandam atenção, poderia haver a intervenção penal, mas apenas como uma agravante no caso de homicídio culposo ou involuntário, ou quando muito punido como hipótese de risco concreto à vida de outra pessoa<sup>78</sup>.

A autora destaca ainda que:

[...] o usuário de drogas passa a ser tratado pela lei como um simples consumidor, como um indivíduo normal, ainda que cometido de um vício, ao invés de um delinqüente ou doente, como ocorre atualmente, pois os vícios deixarão de constituir crimes. O usuário não poderá ser abandonado pelo sistema de saúde, e poderá se submeter a tratamento de desintoxicação se assim o quiser, mas não será obrigado a fazê-lo. Esse apoio aos toxicômanos será sustentado pelos próprios consumidores das substâncias, por meio de taxas e impostos sobre a mercadoria vendida<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 93.

<sup>77</sup> *Ibidem*. p. 94.

<sup>78</sup> *Ibidem*. p. 98.

A crítica a este modelo de legalização controlada se deve ao fato de que não haveria uma adaptação geral à nova burocracia da droga, coexistindo o mercado ilícito mesmo com a nova regulamentação. Assim, na prática, o comércio legalizado passaria a ser exercido pela indústria do cigarro e do álcool enquanto que os antigos traficantes permaneceriam atuando na venda clandestina.

É necessário, contudo, destacar a importância do estudo de uma possível viabilização de um modelo legalizador, tendo em vista que o modelo vigente na sociedade confirmou-se como um fracasso tanto do ponto de vista sócio-econômico como também da saúde pública.

---

79 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 99.

### 3 A FIGURA DO USUÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

#### 3.1 Panorama histórico

No Brasil, a criminalização do uso, porte e comércio de drogas teve como primeira legislação criminal o Livro V das Ordenações Filipinas, que previa punições para quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio. Assim, quem praticasse tais condutas estaria sujeito a perder sua fazenda, ser expulso do Brasil e, quiçá, ainda ser enviado para a África<sup>80</sup>.

A título de uma sucinta retrospectiva histórica, temos os seguintes diplomas legislativos, mais recentes e, portanto, de maior importância.

Nos anos 40, o Código Penal trazia a previsão em seu artigo 281: “Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar a consumo substância entorpecente. Pena: 1 a 5 anos de reclusão, e multa de 02 a 10.000 cruzeiros”.

Segundo alguns autores, a redação original do Código Penal não previa qualquer pena para o usuário, pela ausência de tipificação para consumo pessoal, o que trazia críticas quanto à possível impunidade dos traficantes, já que poderiam alegar o consumo pessoal ao serem flagrados com drogas proibidas<sup>81</sup>.

Tal situação, contudo, veio a se reverter na década de 60, já que, com o aumento do consumo de drogas a nível mundial e com a Convenção Única de Entorpecentes, o legislador pátrio modificou a redação do artigo 281 do Código Penal, pela Lei nº 5.726/71, passando a equiparar, em termos de penalização, o tráfico com a conduta de trazer consigo as drogas, para consumo pessoal<sup>82</sup>.

Passada essa breve introdução quanto aos diplomas mais antigos que servem para ilustrar o tratamento conferido pelo legislador ao usuário, passemos a analisar as leis mais recentes, quais sejam, as Leis nº 6.368/76, nº 10.409/02 e nº 11.343/06.

<sup>80</sup> GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 99.

<sup>81</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Coord). *Op. cit.* p. 64.

<sup>82</sup>Loc cit. p. 64.

### 3.1.1 A Lei nº 6.368/1976

A conduta de porte de droga para uso pessoal estava prevista no artigo 16 da Lei 6368/76, *verbis*:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:  
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Apesar da previsão normativa, que cominava a pena de prisão, a despenalização do uso já havia sido realizada na prática<sup>83</sup>, pois o usuário já dispunha de alguns benefícios legais, que eliminava, quase em sua totalidade, a incidência da pena de prisão.

Nesse contexto, temos a Lei 9099/95, mais especificamente em seu art. 89, que previu a possibilidade de o Ministério Público propor a suspensão condicional do processo, ao oferecer a denúncia, nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano. <sup>84</sup> Assim, o processo seria suspenso por dois a quatro anos, respeitadas as condições impostas nos parágrafos do artigo, estaria extinta a punibilidade.

Ainda no que diz respeito aos benefícios que foram conferidos ao usuário, temos a redação do art. 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01, no tocante ao aumento do alcance da transação penal ao ampliar o conceito de infração de menor potencial ofensivo para crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, passando a ser de competência dos Juizados Criminais.<sup>85</sup> Hoje, a normatividade encontra-se no artigo 61 da Lei 9.099/95, alterado pela Lei 11.313/06<sup>86</sup>.

83 BOITEUX, Luciana. A nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 167, p. 8-9, out. 2006.

84 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

85 Art. 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

86 Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Sendo assim, a conduta prevista no artigo 16 da Lei 6368/76 encontrava-se dentro desses dois benefícios concedidos, dado que a pena mínima era inferior a um ano, cabendo, portanto, a suspensão condicional do processo, e não era superior a dois anos, sendo passível de transação penal, medida tipicamente despenalizadora, não se aplicando, dessa maneira, a pena de prisão para o usuário.

Assim, somente em casos excepcionais o usuário era condenado à pena privativa de liberdade, notadamente o reincidente.

### 3.1.2 A Lei nº 10.409/2002

O delito de posse de drogas para uso pessoal estava previsto no artigo 20 da Lei nº 10.409/02, na forma de 5 (cinco) condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) que previa que seria definido por um perito o que configuraria numa pequena quantidade do produto, substância ou droga ilícita.

Ocorre que o projeto que culminou na lei nº 10.409/2002, devido à falta de rigor técnico, sofreu inúmeros vetos presidenciais na parte penal que apresentava a descrição dos crimes, o que a tornou um diploma legal incompleto.

Em especial, o veto ao artigo 21, relativo às medidas aplicáveis ao usuário, justificou-se pela falta de consonância com a Constituição Federal, já que violava o princípio da taxatividade e da reserva legal ao conceder amplo grau de discricionariedade ao juiz, tendo em vista que a lei não determinou os limites temporais para aplicação das penas<sup>87</sup>.

Desta forma, antes do advento da Lei nº 11.343/2006 vigoravam no Brasil, em situação anômala, duas leis que tratavam sobre o tema das drogas, sendo aplicadas as normas processuais da Lei 10.409/2002 e as normas de direito material da Lei nº 6.368/1976.

---

<sup>87</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006. p.180.



### 3.2 A Lei nº 11.343/2006

A lei nº 11.343 instituiu em seu artigo 1º, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD – prescrevendo medidas para prevenção, uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definindo os crimes respectivos.

Cumprido ressaltar que em seu artigo 1º parágrafo único, alterou a expressão caracterizadora da norma penal em branco, passando a referir-se ao termo “drogas” que melhor traduz o conjunto das substâncias ilícitas, tendo em vista que “entorpecentes”, termo utilizado na lei anterior, é somente uma categoria das drogas.

A figura do usuário passou a ser tipificada no artigo 28 da lei em debate, em 5 (cinco) formas alternativas que são as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo*.

Com relação à lei anterior, incluíram-se no delito de posse para uso pessoal as condutas “ter em depósito” e “transportar”, o que foi de grande relevância, tendo em vista que antes eram previstas somente no delito de tráfico (art. 12 Lei nº 6368/76), o que dava margem para inserir o agente no crime de tráfico mesmo que praticasse a conduta para consumo pessoal.

As penas elencadas nos incisos do artigo 28 são: a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Desta forma, excluiu-se legalmente a previsão de pena privativa de liberdade para o usuário, sendo hoje o único crime para o qual não se prevê mais a pena de prisão.

A competência para julgamento é dos Juizados Especiais Criminais, conforme previsto no artigo 48 §1º.

Após ser surpreendido com substância considerada ilícita, o indivíduo será encaminhado à delegacia para que seja lavrado o Termo Circunstanciado, que será posteriormente enviado ao juízo competente.

É importante frisar que a droga deverá ser apreendida para que haja a constatação de sua ilicitude, comprovando a materialidade da infração, de acordo com o artigo 48 §2º.

O inciso I traz como penalidade a advertência sobre os efeitos das drogas, sendo uma pena que se finaliza com o ato da informação prestada pelo juiz ao indivíduo, devendo ser abordado somente os esclarecimentos sobre os efeitos.

Assim, a sanção de advertência, como pena restritiva de direito (art. 28, I) ou como a chamada admoestação verbal (art. 28 §6º), para Salo de Carvalho acaba tendo na prática um caráter moralista e normalizador, que visa à reprovação da opção pessoal do indivíduo que em sua esfera privada realizou sua opção pelo consumo de substâncias consideradas ilícitas<sup>88</sup>.

A prestação de serviços à comunidade prevista no inciso II deverá ser 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 (art.28, §5º). Desta forma, a prestação de serviços à comunidade visa a um aproveitamento tanto para a sociedade como para o condenado.

Convém destacar a inovação quanto à pena de prestação de serviços à comunidade, que passou a ser aplicada diretamente para esse delito, pois antes era prevista somente como substitutiva de penas privativas de liberdade, na forma do art. 44 do Código Penal.

Quanto à imposição de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, prevista no inciso III, por ser uma inovação, ainda não há entendimento jurisprudencial esclarecedor quanto à sua definição. Assim, para estar em consonância com os princípios previstos na lei, tal programa ou curso deverá ser exclusivamente para esclarecimentos sobre os efeitos das drogas, como proposta de redução de danos. Desta forma, tal medida não poderá ser visualizada como imposição de frequência a grupos de ajuda, sob a perspectiva da “cura” pela abstinência, o que configuraria na aplicação da chamada Justiça Terapêutica, conforme analisado no item 2.1.2.2.

Há ainda a previsão de que o juiz determinará que o Poder Público coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (art.28 §7º).

É necessário ressaltar que este tratamento posto à disposição do indivíduo constitui somente uma oferta pública gratuita de recuperação, não havendo a possibilidade de ser imposto como sanção alternativa ao dependente<sup>89</sup>.

---

88 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.269.

89 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p.139.

Caso o agente se recuse injustificadamente a cumprir as medidas educativas impostas a ele, poderão ser aplicadas duas sanções previstas nos incisos do 6º parágrafo do artigo 28, que são a admoestação verbal e multa.

A admoestação verbal consiste numa nova “advertência” que o juiz fará ao condenado, neste caso, na tentativa de fazê-lo cumprir uma das penalidades previstas no artigo 28 que lhe fora atribuída na condenação.

A impossibilidade de prisão em flagrante do usuário, expressa no artigo 48 §2º, é fator positivo da nova lei, já que careceria de lógica tal prisão se mesmo após o devido processo legal não for possível a prisão do indivíduo.

Cumprido destacar que a realização de uma custosa movimentação do Judiciário para que o usuário de drogas que não cumprir a pena imposta seja submetido, na fase de execução, sucessivas vezes à admoestação verbal e multa, somente evidencia ainda mais a necessidade de retirar-se da esfera penal a figura do usuário, tendo em vista que a manutenção da conduta como “crime” resta apenas para reforçar a estigmatização do consumidor.

### 3.2.1 Diferenciação entre usuário e traficante

O tipo penal previsto no artigo 28 exige, além do dolo, um especial fim de agir: “para consumo pessoal”.

Assim, para averiguação se o agente é usuário ou traficante há dois sistemas legais<sup>90</sup> distintos: o sistema da quantificação legal, em que há a fixação de um limite legal acerca do consumo diário e o sistema do reconhecimento judicial ou policial, em que cabe ao juiz ou à autoridade policial a análise de cada caso concreto. A legislação brasileira adota, tradicionalmente, o sistema do reconhecimento judicial ou policial, ao estabelecer inúmeros critérios para diferenciação e não apenas a quantidade da substância apreendida.

Os critérios estabelecidos pela lei, previstas no artigo 28 § 2º para a diferenciação são: natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.

---

90 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 131.

Conforme aponta Luis Flavio Gomes<sup>91</sup>, serão relevantes o objeto material do delito (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu) assim com o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes).

Assim, quanto ao fato da diferenciação dos tipos penais, previstos no artigo 28 e 33, somente ocorrer através da comprovação do dolo específico de consumo pessoal, cabe ressaltar a seguinte posição de Salo de Carvalho:

Desta forma, em havendo especificação legal do dolo no art. 28 da Nova Lei de Drogas (especial fim de consumo pessoal), para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem s princípios constitucionais de proporcionalidade e ofensividade, igualmente deve ser pressuposto da imputação das condutas do art. 33 o dolo específico (desígnio mercantil). Do contrário, em não havendo esta comprovação ou havendo dúvida quanto à finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28<sup>92</sup>.

Ocorre que na prática a distinção entre usuário e traficante acaba ocorrendo por critérios subjetivos, muitas vezes baseados em preconceito, conforme destaca Maria Lucia Karam:

[...] É comum encontrar casos em que a única prova do tráfico é o desemprego ou o subemprego daquele que é surpreendido na posse de drogas, visto como naturalmente traficante, por se supor que, estando desempregado ou subempregado, não teria condições de adquirir a substância para uso pessoal<sup>93</sup>.

Vale ressaltar que esta classificação por critérios subjetivos acaba ocorrendo pela primeira autoridade que entra em contato com o indivíduo, restando ao juiz, já no curso do processo, se for o caso, a desclassificação de traficante para usuário.

Desta maneira, o juiz deverá fundamentar sua decisão pelo enquadramento do indivíduo como usuário ou traficante observando todos os critérios previstos, em especial, a finalidade da conduta praticada, seja para consumo próprio seja para o comércio.

Note-se que o ônus probatório deve ser do Estado, não cabendo ao acusado a produção de qualquer prova de que se trata de usuário e não traficante, para que assim esteja em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência<sup>94</sup>.

91 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 132.

92 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 202.

93 KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 58.

94 BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Op. cit.* p.45.

É importante, ainda, destacar a incongruência realizada pela Lei nº 11.343/2006 ao aumentar o abismo existente entre as penalidades impostas àquele que consome e àquele que vende a droga. Tendo em vista que tais condutas “teoricamente” violariam a saúde pública, não se justifica a brusca alteração no tratamento destinado a ambas, em que se diminuiu a carga repressiva ao usuário (exclusão da pena de prisão) e aumentou-se a do traficante (aumento da pena mínima).

Isto ocorreu devido à adoção pela legislação brasileira de uma ideologia da diferenciação em que há a distinção entre o “doente” que seria o usuário, sob o estereótipo da dependência – que, conforme veremos no item seguinte, também é uma premissa falsa - e o “traficante”, aquele criminoso corruptor da moral e da saúde pública<sup>95</sup>.

Tal ideologia demonstra o preconceito existente na sociedade, já que a visão predominante na cidade do Rio de Janeiro de traficante é daquele pobre da favela enquanto usuário seria o morador da zona sul.

### 3.2.2 Diferenciação entre usuário e dependente

A Lei nº 11.343/2006, ao prever as condutas que envolvem as drogas e seus aspectos jurídico-penais, trata das figuras do usuário e dependente por diversas oportunidades, contudo, o diploma legislativo não faz qualquer distinção entre eles. E essa distinção, apesar de omissa na legislação, seria de suma importância, segundo Luiz Flávio Gomes:

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Aliás, em regra o usuário de droga não se converte num dependente. A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto<sup>96</sup>.

E a importância dessa distinção é ainda mais relevante, se considerarmos que a lei, sem fazer qualquer diferenciação entre usuário e dependente, delegou ao Magistrado poderes

---

<sup>95</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.16.

<sup>96</sup> GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 99.

para que ele designasse as medidas previstas no artigo 28 adequadas em cada caso, diferenciando as duas condutas, que, na essência, não se equiparam<sup>97</sup>.

Sendo assim, a própria doutrina passou a elaborar conceitos para distingui-los, com base em alguns critérios. Assim, *usuário* é aquele consumidor ocasional, um cidadão que em determinado momento de sua vida optou por fazer momentâneo uso de uma droga ilícita, sem prejudicar a terceiros, enquanto que o *dependente* é aquele indivíduo que tem dificuldades de viver sem a droga, que necessita de auxílio médico, devendo o mesmo ser realizado fora do controle penal <sup>98</sup>.

A generalização de que todo usuário seria um doente que precisa de auxílio é baseada em preconceitos e é falsa<sup>99</sup>, já que muitas vezes o indivíduo tem plena consciência de sua opção pelo uso de drogas. Assim como nem todos que ingerem regularmente bebidas alcoólicas são alcoólatras, analogicamente não se pode pensar que todos os usuários são dependentes.

Nesse sentido de que nem todo usuário é dependente Salo de Carvalho destaca que:

A falsa imagem que o direito penal reproduz com a resposta criminalizante na questão das drogas é frequentemente derivada de visão equivocada do fenômeno – v.g. da existência de vínculo entre consumo e dependência; da irreversibilidade na dependência; da necessária formação, pelos usuários, de subculturas criminais (carreiras criminais); da convicção de que o comportamento dos usuários leva ao isolamento da vida produtiva entre outras. Outrossim, a reprodução desta imagem pelas agências que integram o sistema de punitividade, inclusive as agências de informação (mídia), estabelece perigosos consensos do público consumidor do direito penal<sup>100</sup>.

Desta forma, a previsão de “reinserção social” no capítulo II da Lei nº 11.343/2006 ao usuário – já que a Lei não o distinguiu do dependente - constitui verdadeiro preconceito e reafirmação do estigma imposto a ele, já que não considera a possibilidade de que haja um indivíduo que se utilize de drogas e possua uma vida normal, longe de ser carecedor de reinserção social.

Assim, apesar de prever “a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente” (art. 22, II) a legislação parte da premissa de que o usuário é um doente que necessita de tratamentos e de reinserção social.

<sup>97</sup> [BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito.](#) *Op. cit.*, p. 3.

<sup>98</sup> Loc. cit.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>100</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.154.

No que diz respeito ao dependente, temos que as atividades devem ater às diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social, dado o reconhecimento de que a posição do dependente envolve a Saúde Pública. Sendo assim, de acordo com o art. 196 da Constituição Federal, o Estado deve prover os meios para a recuperação do dependente<sup>101</sup>.

### 3.2.3 Transação Penal

A transação penal está prevista no art. 76 da Lei nº 9099/1995, o qual dispõe: “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” Assim, tal instituto será proposto pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia.

Desta forma transaciona o direito de punir do Estado com o direito à liberdade do acusado, já que se o agente cumprir com o acordo, medida restritiva de direito ou multa, restará livre de processo penal e possível condenação de pena privativa de liberdade.

Ocorre que pelo fato de a conduta de porte de drogas para consumo pessoal não trazer a previsão de pena privativa de liberdade, a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público deverá limitar-se às sanções previstas no artigo 28, conforme descrito no artigo 48 §5º, para que assim não haja a violação ao princípio da reserva legal.

Nesse sentido Salo de Carvalho<sup>102</sup> considera que o §5º do artigo 48 viola o princípio constitucional da jurisdicionalidade da pena e das medidas (*nulla poena sine iudicio*), pois prevê a possibilidade de aplicação de sanção sem o devido processo penal, o que não traria ao indivíduo a garantia ao contraditório e a ampla defesa, já que se aplicariam as mesmas penas que seriam aplicadas após a sentença condenatória.

O mesmo autor ainda enumera as duas hipóteses em que haveria a possibilidade de transação penal sem que haja esta violação constitucional. Tais hipóteses estariam

---

101 BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Op. cit.* p. 31.

102 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.274.

configuradas quando as condições de transação tiverem natureza diversa das penas previstas no artigo 28 e não forem mais severas que essas<sup>103</sup>.

O descumprimento de uma transação penal somente terá como efeitos as penalidades previstas no 6º parágrafo do artigo 28, ou seja, admoestação verbal e multa. Assim, não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade.

Convém destacar que diferentemente do previsto no §2º, II, do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, será possível a proposta de transação penal mesmo que o acusado já tenha se beneficiado anteriormente pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11343/2006<sup>104</sup>.

### 3.2.4 Reincidência

Conforme a previsão do artigo 63 do Código Penal Brasileiro: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Verifica-se, assim, que a lei 11343/2006 criou no 4º parágrafo do artigo 28 uma reincidência específica<sup>105</sup> para o usuário já que, diferentemente daquela prevista no artigo 63 do Código Penal, somente será considerado reincidente o agente que praticar a conduta de posse de drogas para uso pessoal novamente.

Assim, mesmo se o indivíduo já tiver uma condenação precedente em outro crime e venha a praticar pela primeira vez a conduta prevista no artigo 28, o mesmo não será inserido como reincidente no sentido de que não haverá aumento da pena máxima para 10 meses, já que o parágrafo 4º somente incidirá quando tratar-se de um “usuário” reincidente.

Ainda no caso de multireincidência específica, em que o usuário é surpreendido várias vezes na posse de droga para consumo pessoal, o lapso temporal previsto no artigo 28 §4º não se altera, já que o juiz terá que estabelecer as penas no limite máximo previsto, no caso, 10 meses.

Salo de Carvalho critica este aumento do limite máximo da pena pela reincidência porque atuaria como “qualificadora” e produziria “efeitos proporcionalmente mais gravosos

---

103 Ibidem. p. 275.

104 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 115.

105 Ibidem. p. 134.



do que sua incidência em qualquer outro delito previsto na lei penal brasileira, inclusive os considerados hediondos e assemelhados” <sup>106</sup>.

É importante destacar que em hipótese alguma o indivíduo que praticar a conduta descrita no artigo 28 será submetido à pena privativa de liberdade, mesmo que a pratique diversas vezes. Isto reforça o entendimento de que a permanência como crime de tal conduta carece de lógica, conforme analisado posteriormente no item 4.1.

### 3.2.5 A aplicação do princípio da insignificância

A adoção do princípio da insignificância (bagatela) é defendida pela doutrina, como Luis Flavio Gomes e Salo de Carvalho, nos casos em que a quantidade de droga encontrada é pequena, causando a exclusão da tipicidade material do fato<sup>107</sup>.

A justificativa para a atipicidade decorre da inviabilidade de uma pequena quantidade de droga ofender o bem jurídico saúde pública nem ter potencialidade lesiva em gerar dano individual<sup>108</sup>, ou seja, dependência física ou psíquica, cabendo ressaltar que o art. 1º § único descreve drogas como “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência”.

Algumas decisões isoladas do STJ chegaram a reconhecer o princípio da insignificância:

REsp 154840 / PR RECURSO ESPECIAL 1997/0081188-3  
 Resp - penal - entorpecente - quantidade ínfima - atipicidade - o crime, além da conduta, reclama - resultado - no sentido de provocar dano, ou perigo ao bem jurídico. O tráfico e o uso de entorpecentes são definidos como delito porque acarretam, pelo menos - perigo, para a sociedade, ou ao usuário. A quantidade ínfima, descrita na denuncia, não projeta o perigo reclamado<sup>109</sup>.

Ocorre que os Tribunais Superiores firmaram entendimento contrário, não admitindo a aplicação do princípio da insignificância na conduta de porte para uso pessoal na revogada lei:

REsp 612064 / MG RECURSO ESPECIAL 2003/0217986-3  
 PENAL. RECURSO ESPECIAL. TÓXICOS (ART. 16 DA LEI Nº 6368/76).

<sup>106</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 271.

<sup>107</sup> GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 126.

<sup>108</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.263.

<sup>109</sup>REsp 154840 / PR – Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento: 18/12/1997, Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Publicação DJ 06/04/1998

PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.  
PERIGO PRESUMIDO.

I – O delito previsto no art. 16 da Lei de Drogas é de perigo presumido ou abstrato, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo.

II – O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente in genere, uma norma incriminadora. Se esta visa as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (v.g., "um cigarro de maconha") visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos (v.g., arts. 12, 16 e 37 da Lei nº 6368/76). A própria resposta penal guarda proporcionalidade, no art. 16, porquanto apenado com detenção, só excepcionalmente e, em regra, por via da regressão, poderá implicar em segregação total (v.g. art. 33, caput, do Código Penal).

Recurso desprovido<sup>110</sup>.

Apesar do entendimento dos Tribunais Superiores, não nos parece ser este o entendimento correto.

Em que pese a descrição da conduta ser para “consumo pessoal”, o que notadamente configuraria o fato de que a quantidade de droga será sempre pequena, no caso em apreço questiona-se a aplicação do artigo 28 quando a quantidade é *ínfima*, já que principalmente neste caso não há a mínima possibilidade de violação à saúde individual, no caso o risco de causar a dependência, quanto mais à saúde pública, expansão do consumo.

Assim, equivocada a orientação doutrinária e jurisprudencial pela não aplicação do princípio da insignificância baseada no fato de que o crime é de menor potencial ofensivo, tendo em vista que o bem jurídico de menor valor social não se confunde quando a conduta é ínfima na ofensa de qualquer bem, seja de alta ou baixa relevância social<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup>REsp 612064 / MG – Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 01/06/2004, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Publicação DJ 01/07/2004

<sup>111</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.264.

## 4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

### 4.1 Natureza Jurídica do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006

O novo tratamento destinado ao usuário pela Lei nº 11.343/2006 em seu artigo 28, ao excluir pena de prisão e prever penas alternativas suscitou divergências na doutrina acerca da natureza jurídica da conduta.

Assim, três são os entendimentos acerca da natureza jurídica da conduta de porte de drogas para consumo pessoal: i) é uma infração penal *sui generis*, ii) uma infração do Direito judicial sancionador ou iii) permaneceu como crime.

Luiz Flavio Gomes<sup>112</sup> pautou seu entendimento de que teria ocorrido a descriminalização formal, tornando a conduta uma infração penal *sui generis*, na previsão da Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º Decreto-Lei nº 3.914/41) de que crime seria a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção.

Ocorre que tal argumento foi contestado, tendo em vista que o autor valeu-se de um dispositivo da década de 40 e olvidou-se da Constituição Federal de 1988 que no art. 5º, inciso XLVI, ampliou as hipóteses sancionatórias<sup>113</sup>.

Já Alice Bianchini<sup>114</sup> entende que o artigo 28 não pertence ao direito penal nem ao direito administrativo, tendo ocorrido *abolitio criminis*, restando como infração de um novo Direito denominado judicial sancionador.

Assim, seria um direito “judicial” pelo fato de as medidas previstas no artigo 28 serem aplicadas por um juiz e “sancionador” porque tais medidas possuem efeitos distintos das condenações penais, como o fato de não se impedir a realização de transação penal no lapso temporal de cinco anos, conforme preceitua a Lei dos Juizados Especiais<sup>115</sup>.

Os principais argumentos apontados pela autora consistem nos seguintes fatos: seria incompatível a idéia de criminalização do uso com a proposta adotada pela Lei nº 11.343/2006 de privilegiar a prevenção e a redução de danos (art. 20 a 26); a conduta prevista

112 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 110.

113 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.119.

114 GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art.*

28 da Lei 11.343/06. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br> Acesso em: 12/08/2008.p. 07 .

115 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p.111.

no artigo 28 não está inserida no Título IV que trata da repressão, e sim no Título III denominado “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, o que demonstraria que as conseqüências aplicadas ao usuário deveriam se configurar tão somente em medidas de natureza educativa.

Em sentido diverso, o ministro Sepúlveda Pertence, em decisão do STF, declarou que ocorreu a mera despenalização da conduta, tendo permanecido como crime, já que a tese que seria uma infração penal *sui generis* implicaria sérias conseqüências. Note-se a seguir:

RE-QO 430105 / RJ - RIO DE JANEIRO

QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 13/02/2007

Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): **natureza jurídica de crime**. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de **"despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade**. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a **L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis** (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado<sup>116</sup>.

Uma conseqüência prática apontada pelo ministro relator é o fato de que se o agente da conduta descrita no artigo 28 fosse menor de idade o mesmo restaria impune devido ao

116 STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007.

fato de que o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) considera como “ato infracional” apenas as condutas descritas como “crime” ou “contravenção penal”.

O ministro para demonstrar que não ocorreu “mero equívoco” do legislador na colocação das condutas num capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” traz à baila trechos do relatório apresentado na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado) pelo relator do Projeto, o Deputado Paulo Pimenta:

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

IV. [...]

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

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de pena a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal [...]117.

Convém mencionar que Salo de Carvalho coaduna com o entendimento firmado pelo STF no sentido de que não houve a descriminalização do porte para consumo pessoal, mas apenas uma “explícita descarcerização dos delitos relativos ao uso de drogas” 118.

Já Luis Flavio Gomes, após a decisão do STF, manteve seu posicionamento e refutou os argumentos apresentados pelo ilustre ministro já que haveria “solução” para o principal problema apontado por Sepúlveda Pertence, no caso de um menor realizar a conduta descrita no artigo 28, pois, sendo uma infração penal *sui generis*, deveria ser adotada uma interpretação extensiva e progressiva para que houvesse a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente119.

O autor ainda destaca para o fato de que a conduta descrita no artigo 28, sendo um crime com a cominação de penas mais brandas (impossibilidade de pena de prisão) do que as

117 BRASIL. Quest. Ord. M Rec. Extraordinário 430.105-9 RJ. STF, REL. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007. p.10.

118 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.118.

119 GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Op. cit.* p. 7.

previstas até mesmo para as contravenções penais (prisão simples) seria uma contrariedade a lógica penal, e ressalta que:

De nada adianta, de outra parte, conceber o usuário como ‘criminoso’ ou ‘tóxico-delinquente’ se todos sabemos que as conseqüências que lhe podem alcançar (for força da nova lei) destoam completamente disso. O juiz sabe que nada pode fazer contra ele em termos coativos (imperativos). A dureza nominal (‘criminoso’) não se corresponde com a realidade. Denominar o art. 28 de ‘crime’, portanto, pode significar a banalização deste conceito no Direito penal. Passamos a ter um ‘crime’ com conseqüências pífias (inexpressivas) caso o infrator não cumpra as sanções impostas pelo juiz. A nova lei banalizou a função do juiz (deveria ter adotado em relação ao usuário a desjudicialização); o STF, com a devida vênia, acaba de banalizar o conceito de ‘crime’<sup>120</sup>.

Desta forma, carece de lógica a manutenção da conduta de porte de drogas para uso pessoal como crime, o que somente reforça o estigma imposto ao usuário, já que mantém como um criminoso aquele que se utiliza de sua autonomia de vontade e discernimento na escolha pelo uso de drogas.

Entretanto, a decisão pela permanência da criminalização foi dos legisladores e não dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que apenas firmaram entendimento em consonância com aquilo proposto pela Lei nº 11.343/2006.

#### 4.2 Princípios violados pela Lei 11.343/2006

A doutrina e a jurisprudência identificam violações a princípios constitucionais pela Lei nº 11.343/2006. Dentre estes questionamentos estão ofensas aos seguintes princípios: lesividade, dignidade da pessoa humana, igualdade, *ne bis in idem*, como se observa em recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação Criminal 993071265373

Ementa: 1.- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2.- O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os

120 GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Op. cit.* p. 6.

princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil<sup>121</sup>.

Neste caso concreto, além de reclassificar o acusado como usuário e não traficante, o relator José Henrique Rodrigues Torres, decidiu pela sua absolvição de acordo com o artigo 386, III de Código de Processo Penal por entender que a conduta de porte de drogas para consumo pessoal não constitui infração penal. Assim, em sua argumentação, o ilustre magistrado considerou o artigo 28 inconstitucional devido à violação dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da ofensividade, ainda ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o respeito à diferença.

Desta forma, apesar das inovações alcançadas com a Lei nº 11.343/2006, persistem os questionamentos acerca da constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal mantida pelo artigo 28, que serão retratados a seguir.

#### 4.2.1 Princípio da Lesividade

A principal alegação de inconstitucionalidade reside no argumento de que a conduta delitiva prevista no artigo 28 não afeta nenhum bem jurídico de terceiros, o que fere o princípio da lesividade, devendo permanecer na esfera da intimidade e da vida privada daquele que optou pela utilização de drogas já que o Estado Democrático de Direito possui como regra geral a liberdade individual<sup>122</sup>.

Quanto ao fato de o bem jurídico tutelado ser a saúde pública, Maria Lúcia Karam contra-argumenta que:

[...] não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são coisas antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas

<sup>121</sup> BRASIL. Apelação Criminal 993071265373 / SP – Relator: José Henrique Rodrigues Torres Julgamento: 31/03/2008, Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal, Publicação DJ 23/07/2008

<sup>122</sup>KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: n. 23, p. 77-90, jul./dez. 2006. p. 85.

conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição de drogas para uso pessoal<sup>123</sup>.

Mais adiante questiona que:

Num sistema em que a tentativa de suicídio – ou seja, a ameaça ao bem jurídico maior, que é a vida – não é punida, num sistema em que, no crime de lesões corporais, não se admite a ofensa concreta à integridade corporal ou à saúde própria, como identificar infração penal na conduta de uma pessoa que, pretendendo fazer uso de drogas, apenas poderia vir a causar um mal à sua saúde? <sup>124</sup>

Desta forma, assim como o suicídio, o uso de drogas, estaria situado na esfera de privacidade de cada um, sendo inadmissível a sua punição, como já ocorre com a conduta suicida que não é tipificada. Assim, há o entendimento de que a imposição de sanção criminal ao usuário vulneraria também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda quanto à justificativa da criminalização de que o bem jurídico tutelado é a saúde pública Salo de carvalho destaca que:

Por outro lado, a incongruência na incriminação é perceptível ao se verificar o direcionamento das agências de punitividade na repressão às drogas sob o discurso da tutela da saúde pública, quando é no mínimo temerária a gestão pública deste sistema. O descaso das autoridades públicas com a prestação de serviços minimamente razoáveis na área de saúde pública deslegitima qualquer pretensão de utilização do aparato penal para sua proteção<sup>125</sup>.

Assim, carece de lógica tal argumento de que se visa tutelar a saúde pública, já que os esforços neste sentido são mínimos. Até mesmo para problemas de legítima saúde pública, como as epidemias de dengue, a gestão não se apresenta adequada, o que nos ajuda a refutar que o bem jurídico tutelado é a saúde pública.

Na realidade, trata-se de uma intromissão indevida na esfera individual do usuário, que assim como no consumo de drogas lícitas, optou pelo uso dessas substâncias, dentro da sua esfera de autonomia.

---

123 KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 125 et seq.

124 *Ibidem*. pp. 127 et seq.

125 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.168.



### 3.2.2 Princípio da Igualdade e do *ne bis in idem*

Salo de Carvalho<sup>126</sup> identifica ainda a violação aos princípios da igualdade e do *ne bis in idem*.

A ofensa ao princípio da igualdade estaria caracterizada na forma como foi realizada a classificação em drogas lícitas e ilícitas, sem nenhum rigor científico, apenas político.

Desta forma, possibilitou-se a desigualdade no tratamento dado às drogas, já que há aquelas consideradas lícitas (ex: álcool e cigarro) que têm a potencialidade de determinar dependência física ou psíquica, tanto quanto outras que permanecem ilícitas (ex: maconha). Assim, o autor aponta a ocorrência de uma “opção criminalizadora essencialmente moral”.

A violação ao princípio do *ne bis in idem*, ou seja, da proibição da dupla punição estaria presente na possibilidade prevista no artigo 27 de aplicação cumulativa das penas relativas ao usuário, ao prever a aplicação conjunta entre penas e medidas, o que seria uma retomada ao sistema do duplo binário.

Desta forma, o autor aponta que esta violação ocorre devido à “perigosa associação” entre consumidor e dependente efetuada pelos legisladores, já que essa dupla punição se justificaria por pressuposições de uma dupla periculosidade do usuário, mesmo eventual, quanto à possibilidade de expansão do consumo, o que afetaria o bem jurídico saúde pública e o perigo individual decorrente da potencialidade de o consumidor tornar-se dependente. Assim os excessos dessa dupla punição estariam respaldados sob a ótica de duas sanções: pena retributiva referente à ofensa à saúde pública e a medida educativa preventiva decorrente da autolesão realizada pelo usuário.

Convém destacar que esta possibilidade de dupla punição demonstra o preconceito inerente à Lei n.º 11.343/2006 que possui a idéia de que o usuário ou se tornará um dependente ou um traficante, o que não é visualizado como regra geral na sociedade, mas impõe-se este estigma.

---

126 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 256 et seq.

### 4.3 Críticas à política criminal adotada pela Lei nº 11.343/2006

Conforme já mencionado (item 3.2.1) a lei nº 11.343/2006 tem como principal característica o tratamento diferenciado dado às figuras do usuário e do traficante, já que ocorreu a adoção de um modelo despenalizador para o usuário enquanto se reafirmou o modelo proibicionista de “tolerância zero” para o traficante com o aumento da pena mínima de 3 (três) para 5(cinco) anos.

Neste viés, há o entendimento de que a despenalização do uso de drogas (art.28 caput) funcionou como uma “cortina de fumaça” para a real modificação ocorrida, o aumento da pena mínima do crime de tráfico, o que poderia ser considerado um retrocesso, já que aumentou o abismo existente entre a figura do usuário e do traficante de drogas<sup>127</sup>.

Ocorre que em contraste com as leis anteriores, verifica-se uma mudança de concepção na política criminal de drogas em relação à figura do usuário adotada pela nova legislação<sup>128</sup>. Essa mudança pode ser facilmente constada pela previsão de alguns princípios em consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como o respeito à autonomia, à liberdade, e à diversidade (art. 4º, I e II) e ter como diretriz o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual (art. 19, III).

Assim, ao prever como princípio “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade” a nova legislação demonstra certa conformidade com as tendências político-criminais modernas já que se distancia da visão estigmatizada do consumidor tido como um doente e se aproxima da realidade vigente na qual o usuário utiliza-se da droga por sua autonomia de vontade<sup>129</sup>.

Nesse sentido de avanço obtido na política de drogas Luis Flávio Gomes destaca:

Resumidamente a nova posição legislativa sobre o usuário caracteriza-se pelo seguinte: (a) não associação do uso de drogas com a ‘demonização política e social’ (leia-se: o usuário de droga não deve ser visto como um demônio ou criminoso); (b) a sobrevivência da sociedade não depende só da política repressiva; (c) a política do uso controlado, como o álcool, pode dar bom resultado; (d) o uso de droga não é assunto prioritário da polícia (sim, de saúde pública). A novíssima legislação brasileira, no que se relaciona com

<sup>127</sup> BOITEUX, Luciana. A nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 167, p. 8-9, out. 2006.

<sup>128</sup> *Loc. cit.*

<sup>129</sup> GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 29.

o usuário, representa um avanço e está tendencialmente em consonância com a política europeia de redução de danos<sup>130</sup>.

Salo de Carvalho, possuindo uma visão mais realista, aponta:

Ocorre que os princípios e diretrizes previstos na Lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública. É notório que em matéria de direitos sociais, sobretudo aqueles relativos às áreas de educação e da saúde, se a legislação não determinar claramente as ações e os órgãos competentes, prevendo mecanismos de responsabilização administrativa, a tendência é de as pautas programáticas restarem irrealizadas<sup>131</sup>.

Cabe ressaltar que além do avanço obtido com a previsão de princípios e diretrizes que coadunam com uma política de drogas mais avançada, ocorreram alterações significativas no tratamento destinado à figura do usuário.

Nesse sentido, têm-se também como aspectos positivos<sup>132</sup> a equiparação da conduta de plantação para o uso (art. 28 §1º) com o delito de posse de drogas para uso pessoal (art. 28 caput) e a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33 §3º), sob a perspectiva de que antes tais condutas eram equiparadas ao tráfico de drogas.

Já Maria Lucia Karam<sup>133</sup> é enfática ao afirmar que mesmo esta equiparação não “merece aplausos” tendo em vista que tais condutas (art. 28 caput e art. 28§1º) são privadas e que não deveriam ser objeto de qualquer intervenção do Estado.

A mencionada autora, partindo desta premissa de que tais condutas não poderiam estar na esfera penal, afirma:

Assim, ao contrário do que muitos querem fazer crer, a nova Lei 11.343/06 não traz nenhum avanço nesse campo do consumo. Uma lei que repete violações a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma lei que assim suprime direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista ‘política do possível’<sup>134</sup>.

130 GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Op. cit.* p. 107.

131 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 172

132 BOITEUX, Luciana. A nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 167, p. 8-9, out. 2006.

133 KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343.06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 14, n. 167 p. 6-7, out. 2006. p. 7.

134 Loc. cit.

Nesse mesmo sentido Rogério F. Taffarello<sup>135</sup> considera “excessivamente tímida a mera despenalização do usuário, que ainda se submeterá a sanções de natureza criminal e à estigmatização inerente ao processo penal”.

O aludido autor destaca ainda que:

A manutenção no ordenamento jurídico-penal desta figura típica combatida por quase a totalidade da doutrina conservará, por tempo indeterminado, o anacronismo e o autoritarismo de nossa política criminal de drogas, cujos principais desdobramentos são o uso do Direito Penal como instrumento de marginalização social e a imposição de óbices a políticas preventivas e de redução de danos eficazes.

Desta forma, parte da doutrina visualiza a lei nº 11.343/2006 como um retrocesso, incluindo Cristiano Avila Maronna<sup>136</sup> que intitula a nova lei como “draconiana”, pois “representa mais do mesmo: a opção pelo modelo proibicionista e sua política criminal bélica, com derramamento de sangue”.

É necessário, contudo, afirmar que apesar do aumento da pena mínima para o tráfico de drogas, que vai de encontro com princípios fundamentais, não se pode deixar de atribuir pontos positivos à Lei nº 11.343/2006, pois, apesar de tímida e, ao mesmo tempo, contraditória, esta lei, em contraponto à lei anterior, caminhou para uma política criminal proibicionista moderada ao excluir a previsão de pena de prisão para o usuário.

Cabendo ressaltar que não se atingiu um ideal e sim, apenas se efetuou “mais um passo” para uma política criminal tendente à descriminalização do uso.

Assim, a nova legislação trouxe importantes alterações na política criminal de drogas em relação ao usuário, restando aos aplicadores do direito a tarefa de cumprir com os princípios e objetivos previstos.

---

<sup>135</sup>TAFFARELLO, Rogério F. Nova (?) política criminal de drogas: primeiras impressões. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 14, n. 167, p. 2-3, out. 2006.

<sup>136</sup> MARONNA, Cristiano Avila. Nova Lei de drogas: Retrocesso travestido de avanço. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 14, n. 167 p. 4, out. 2006. p. 4.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou, através da breve análise dos modelos de políticas de controle de drogas existentes, do direito comparado e da legislação brasileira, apontar as principais discussões apresentadas pela doutrina acerca do uso de drogas, tema este notoriamente polêmico.

Assim, cabe afirmar que há uma tendência mundial pela lenta alteração do modelo preponderante atualmente, qual seja o proibicionismo clássico que possui seu maior exemplo de aplicação os EUA.

Tal fato ocorre devido ao fracasso deste modelo de controle, tendo em vista que após décadas em busca de um “mundo sem drogas” constata-se a permanência e inclusive o aumento do consumo.

Considera-se que o modelo proibicionista traz mais prejuízos que a própria utilização de drogas poderia acarretar, já que rotula sensível parcela da sociedade, como criminosa ou doente, o que só dificulta o acesso aos méis de prevenção e tratamento.

Assim, países europeus configuram-se como defensores da chamada redução de danos, que procura atuar nesta problemática das drogas com o foco principal na saúde pública do usuário, ainda que tenha mantido um sistema repressivo com relação ao tráfico.

Pode-se afirmar que o Brasil sempre esteve em consonância com a lógica proibicionista e com a edição da Lei nº 11.343/2006 optou por uma tímida, porém relevante alteração na política criminal adotada, na medida em que reafirmou a adoção de políticas de redução de danos e excluiu a previsão de pena privativa de liberdade para o usuário, estando em conformidade com o processo de mudança na concepção desta ótica repressora.

Com relação à questão do usuário, o STF já definiu que a nova lei somente descarcerizou a conduta, permanecendo como crime o porte de droga para consumo pessoal.

Ocorre que esta manutenção da criminalização do usuário, de constitucionalidade duvidosa, somente encontra respaldo em questões morais, eivadas de preconceitos, enquanto impõe à sociedade um ideal de abstinência de substâncias que são fatalmente associadas a um prazer momentâneo.

É importante, contudo, dizer que é fato notório que qualquer droga, lícita ou ilícita, traz malefícios ao indivíduo que abusa do seu consumo. Porém, não há lógica em criminalizar

o usuário sob a ótica de que se preserva a saúde pública, pois na verdade apenas afasta o indivíduo da possível procura voluntária por apoio em cessar o uso ou abuso de drogas.

Desta forma, conclui-se que a política de drogas adotada atualmente não trata a problemática de forma concreta, pois apenas contribui para a estigmatização e marginalização do usuário, enquanto deveria ser ampliada a aplicação da estratégia de redução de danos, voltada realmente, de forma pragmática, para a saúde pública.

Entretanto, procura-se destacar o fato de que o Brasil, apesar dos tropeços, caminha para uma política reducionista, em maior consonância com os princípios constitucionais inerentes ao tema e que foram retratados no trabalho, tais como: lesividade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, igualdade e proporcionalidade.

Desta forma, ao prever princípios que coadunam com uma política reducionista e ao abolir a pena privativa de liberdade para o usuário a Lei nº 11.343/2006 pode ser visualizada como um avanço, que deve ser tomado como um incentivo na árdua tarefa de se alterar a visão repressora e moralista de um “combate às drogas”.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JUSTIÇA TERAPÊUTICA – ANJT. *Justiça terapêutica: um instrumento para a justiça social*. Disponível em: <<http://www.anjt.org.br/index.php?id=1>> Acesso em: 09 de outubro de 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*. Disponível na Internet: < [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=127](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=127) >. Acesso em: 28 de setembro de 2008.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova Lei de Drogas - Comentários à Lei N. 11.343*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOITEUX, Luciana. A nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 167, p. 8-9, out. 2006.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Coord). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de et al. O tratamento de dependentes de drogas (ilícitas) no Brasil e na Espanha: justiça terapêutica e redução de danos. *Revista Contemporânea de Ciências Sociais Aplicadas da Faplan*. Vol. 3, n. 5, p. 56-76, jul./dez., 2006.

CUESTA, Felipe Pires. Comentários, inovações e controvérsias sobre os crimes dos arts. 28 e 33 da Lei nº 11.343/06. In: FREITAS, André Guilherme Tavares de (Coord.). *Novas Leis de Violência Doméstica Contra a Mulher e de Tóxicos (lei 11.340/06 e 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 91-125.

GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br> Acesso em: 12/08/2008.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343.06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 14, n. 167 p. 6-7, out. 2006.

\_\_\_\_\_. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

\_\_\_\_\_. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: n. 23, p. 77-90, jul./dez. 2006.

LEAL, João José. Nova lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoa de drogas? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 169, p. 2-3, dez. 2006.

MARONNA, Cristiano Avila. Nova Lei de drogas: Retrocesso travestido de avanço. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 14, n. 167 p. 4, out. 2006.

MOREIRA, Reinado Daniel. Algumas considerações acerca da pretensa descriminalização do uso de entorpecentes pela Lei nº 11.343/2006. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 169, p. 4-5, dez. 2006.

PASCHOAL, Janaina Conceição. A justiça Terapêutica aqui e as Cortes de Drogas lá. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 14, n. 166, p. 3-4, set. 2006.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 64, p. 57-77, jan./fev. 2007.

\_\_\_\_\_. *Redução de danos: Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Maurides de Melo. A redução de danos e a legislação penal. In: NIEL, Marcelo; da Silveira, Dartiu Xavier (orgs). *Drogas e Redução de Danos: uma cartilha para profissionais de saúde*. São Paulo, 2008, p. 53-58.



RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; RIBEIRO, Maurides de Melo. *Justiça Terapêutica: Redução de Danos ou Proibicionismo dissimulado?* (No prelo, ed. Sérgio Dario)

SAMPAIO, Denis. Inovação legislativa do uso de drogas diante de uma visão processual: nova medida descarcerizadora. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 170, p. 7-8, jan. 2007.

[SOUZA, Sérgio Ricardo de.](#) *A Nova Lei Antidrogas* (Lei nº 11.343/2006). 2. ed. Niterói: Impetus, 2007.

TAFFARELLO, Rogério F. Nova (?) política criminal de drogas: primeiras impressões. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 14, n. 167, p. 2-3, out. 2006.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, uso de drogas e análise econômica do direito. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 14. n. 170, p. 9-10, jan. 2007.

ZALUAR, Alba. Qualidade de dados: políticas públicas eficazes e democracia. In: *Integração Perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.