

A NATUREZA JURÍDICA DA PUNIÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS NO BRASIL. DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO OU DESCARCEIRIZAÇÃO?

Marcelo Lemos Dornelles*

Desde a publicação da Lei n. 11.343/06, uma das questões que mais gerou polêmica na doutrina, chegando a ser discutida nos tribunais, foi a nova modalidade de apenamento da conduta do usuário de drogas.

Tendo o legislador optado pela manutenção dessa conduta como criminosa, mas afastando das possibilidades de apenamento a pena privativa de liberdade, fez com que se passasse a questionar se a criminalização era constitucional, se teria havido a descriminalização ou se a única alteração efetiva tenha ocorrido no apenamento diferenciado.

Desta forma, analisaremos as alterações legislativas ocorridas, as posições jurídicas adotadas e buscaremos apontar o que, no nosso entendimento, vai prevalecer de posicionamento nessa discussão.

Inicialmente faremos uma análise histórica da legislação acerca das drogas, depois discutiremos a saúde pública como bem jurídico tutelado e, por fim, as três variantes mais citadas sobre a natureza jurídica desse novo apenamento, ou seja, se isso acarretou na descriminalização, na despenalização ou apenas na descarceirização do crime do usuário de drogas.

* Promotor de Justiça – RS, ex-Presidente da Associação do Ministério Público/RS, Subprocurador-Geral de Justiça do Ministério Público/RS, Mestre e Especialista em Direito, Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNISINOS, da AJURIS e da ESMP/RS.

1 Aspectos históricos da legislação antidrogas

A produção, o tráfico e o uso de drogas transcendem as fronteiras nacionais. Em razão disso, foram elaboradas diversas convenções a fim de proporcionar a cooperação entre países, buscando solução para o combate da propagação dessas substâncias.

Desse modo, no plano internacional, desde o século passado, tiveram início várias tentativas de controle e repressão às drogas. A primeira foi a Conferência de Xangai, em 1909, que reuniu 13 países para discutir formas de enfrentamento da questão do ópio indiano que ingressava na China. Em 1911, em Haia, ocorreu a primeira Conferência Internacional do Ópio, resultando na Convenção Internacional de 1912, que teve vigência apenas em 1921, ao final da Primeira Guerra Mundial. O acordo de Genebra, em 1925, confirmou a conferência de Haia, sendo posteriormente revisto, em 1931, na Conferência de Bangkok. Até 1936 ocorreram mais duas conferências em Genebra, assumindo as nações firmatárias o compromisso de vedar a difusão do vício.¹

Após a Segunda Guerra Mundial, os acordos de âmbito internacional buscando coibir o tráfico de drogas foram intensificados.

As mais importantes convenções realizadas pelas Nações Unidas, a partir da década de sessenta, foram a Convenção Única sobre Estupefacientes, em 1961, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, em 1971, e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, em 1988, sendo que as três ainda se encontram em vigor.

A Convenção Única sobre Estupefacientes foi assinada em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, em 1961. No Brasil, entretanto, somente foi promulgada pelo Decreto n. 54.216/64, introduzindo definitivamente o Brasil no combate às drogas.²

Esta convenção relacionou e classificou os estupefacientes conforme suas propriedades, bem como determinou as medidas de controle e fiscalização. Por outro lado, anulou expressamente os acordos internacionais anteriormente firmados, tendo em vista que trazia uma nova forma de abordagem na questão das drogas.

De outra banda, essa Convenção recomendou que todas as formas dolosas de tráfico, produção e posse de entorpecentes, em desacordo com ela, fossem devidamente punidas como crime.

¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 08.

² GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei n. 11.343/06**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 351.



Quanto aos toxicômanos, ela indicou a utilização de tratamento médico e a instauração de meios para que eles se reabilitassem.

A Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas foi firmada em Viena, na Áustria, em 1971. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto n. 79.388/77. Por esta Convenção, os países signatários se comprometeram a efetuar o controle da preparação, do uso e do comércio dos psicotrópicos.³

Em 1973, o governo norte-americano, através de seu Presidente Richard Nixon, declarou guerra às drogas (War on Drugs). Essa política depois foi intensificada pelo Presidente Ronald Reagan, na década de oitenta. A crítica a esta política foi que, ao denominar impropriamente de guerra, o caráter bélico utilizado teve o efeito de conduzir o pensamento no sentido de que na guerra são permitidas medidas exacerbadas com vistas ao combate ao inimigo, servindo de motivo para a não-consideração de algumas garantias individuais.⁴

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas também foi realizada em Viena, em 1988. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 154/91.⁵

Essa Convenção consagrou o ideário de *War on Drugs*, tendo em vista que apontou como caminho ao combate as drogas que as punições criminais deveriam ser mais severas e os países signatários deveriam suprir eventuais lacunas legislativas.⁶

Em 1998, ocorreu o Período Especial de Sessões sobre o Problema Mundial das Drogas da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, na cidade de Nova Iorque, com a finalidade de analisar os resultados da aplicação das três convenções antes referidas. Nesse evento, houve a 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”.⁷

Este estilo proibicionista está presente também nas manifestações da Junta Internacional para Fiscalização de Estupefacientes da Organização das Nações Unidas, que já criticou várias vezes a prática de políticas de tolerância

³ GUIMARÃES, Issac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: crimes e regime processual penal: Lei n. 11.343/06**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 130.

⁴ SICA, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política *war on drugs*. In REALI JÚNIOR, Miguel (Coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

⁵ GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 10.

⁶ SICA, 2005, p. 12.

⁷ ALONSO, Martin Barriuso. **La prohibicion de drogas: del tabu a la desobediencia civil**. Em http://www.mamacoca.org/FSMT_SEPT_2003/es/doc/barriuso_prohibicion_tabu_desobediencia_es.htm. Acesso em 23.01.2008.



de países como a Holanda e a Suíça, rechaçando iniciativas de redução de riscos.⁸

Por óbvio, essa forma de combate às drogas é efeito da formulação do Direito Penal do Inimigo, que visa reduzir perigos. Para Jakobs, “quien por princípio se conduce de modo desviado no ofrece garantia de um comportamento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino deve ser combatido como enemigo”.⁹

O plano de globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas teve sucesso no que concerne à adesão, pois a Convenção Única sobre entorpecentes foi ratificada por mais de 100 países na década de sessenta. Outrossim, com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, houve a consolidação dessas disposições em nível mundial, apesar da aplicação da política repressiva, não ocorreu uma diminuição no consumo e no comércio domésticos.¹⁰

2 Legislações sobre drogas no Brasil

No período colonial brasileiro, não havia uma legislação própria. Como cedição, eram aplicados os textos legais portugueses. A primeira previsão legal atinente a substâncias tóxicas com vigência no Brasil, remonta ao quinto Livro das Ordenações Filipinas.¹¹

Naquele tempo, o uso próprio das substâncias proibidas, muito ligadas a materiais venenosos, não constituía conduta criminosa. As Ordenações Filipinas entraram em vigor em 1603 e vigeram, na parte criminal, por aproximadamente dois séculos. O término de sua vigência ocorreu com o advento do Código Penal do Império, de 1830. Entretanto, este novo diploma legal não disciplinou acerca das drogas.¹²

Após a Proclamação da República, foi criado o Código Penal de 1890 (Decreto 847), tendo início a regulamentação dos delitos contra a saúde pública, presentes no título III da Parte Especial, denominado “Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública”.¹³

⁸ Ibid.

⁹ JAKOBS, Güinter. *Derecho penal Del ciudadano y derecho penal Del enemigo*. Madrid: civitas, 2003, p. 55.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro. 2007, p. 14.

¹¹ GREGO FILHO; RASSI. 2007, p.1.

¹² Idem, p.1.

¹³ CARVALHO, Salo de. P. 12.



O artigo 159 era assim redigido: “Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem formalidades prescritas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$ a 500\$000.” Pelo que se vê, esta previsão legislativa não atendia de forma satisfatória o enfrentamento da questão das drogas, até porque, naquela época, estava aumentando o consumo de haxixe e de ópio, mormente nos grupos intelectuais e na aristocracia urbana.¹⁴

Posteriormente, o decreto n. 4.294/21 revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890. A redação continuou quase a mesma, mas com acréscimo na pena de multa. A novidade foi o parágrafo único do artigo 11 do decreto, que aumentou expressivamente a punição no caso de entorpecentes, estabelecendo pena privativa de liberdade. Eis a redação original: “Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados; cocaína e seus derivados: Pena – prisão cellular por um a quatro annos”.

Este decreto também criou um estabelecimento para a internação dos intoxicados pelas substâncias venenosas e pelo álcool, com tratamento médico e regime de trabalho, com uma secção para os internandos judiciários e outra, separada, para os internandos voluntários.¹⁵

Após, foi editado o Decreto n. 20.930/32, que em seu artigo 61 revogou o artigo 1º do Decreto n. 4.294/21 e demais disposições em contrário. Esse novo Decreto firmou que a drogadição é uma doença de notificação compulsória e dispôs que os toxicômanos ou intoxicados habituais precisavam de tratamento, estando sujeitos à internação facultativa ou obrigatória, por tempo determinado ou não.

Diferentemente do Decreto n. 4.294/21, que se militava a punir as ações de vender, expor à venda ou ministrar as substâncias venenosas de qualidade entorpecente, este passou a exigir intervenção penal mais abrangente e rigorosa, multiplicando os verbos nucleares do tipo penal básico. Assim previa o disposto no artigo 25:

Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1.000\$0 a 5.000\$0.

¹⁴ Idem, p. 12.

¹⁵ Texto original disponível em: <http://www.senado.gov.br> . Acesso em 23.01.08.



Importante destacar, que pelo Decreto n. 20.930/32, em seu artigo 26, houve a criminalização da posse ilícita de substâncias entorpecentes e a previsão de pena privativa de liberdade para a sua violação.¹⁶

Já em 1938, sobreveio o Decreto-Lei n. 891, elaborado em consonância com a Convenção de Genebra de 1936, marcando a inclusão do Brasil no modelo internacional de controle de drogas.¹⁷

Este Decreto-Lei, na parte criminal, vigorou por pouco tempo, tendo em vista que em 1940 entrou em vigor o Código Penal. Todavia, registre-se, em seu artigo 33, também havia a previsão de crime para o ato de consumir substâncias entorpecentes e trazia como punição, além da pena multa, a prisão celular de um a cinco anos.

Entrando em vigência em 1940, o artigo 281 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), reprimiu o comércio clandestino e a facilitação do uso de entorpecentes. Contudo, foi silente em relação ao consumo acarretando a sua descriminalização.

O Decreto-Lei n. 159/67 igualou aos entorpecentes algumas substâncias capazes de gerar dependência física e/ou psíquica. Em seguida, o Decreto n. 385, de 1968, alterou o parágrafo primeiro do artigo 281 do Código Penal, voltando a criminalizar o porte para uso próprio. E mais, atribuiu-lhe penas iguais às previstas para o tráfico:

Par. 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

[...]

III – traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica).

Pelo que se sabe, o motivo manifestado para a edição do Decreto-Lei n. 385/68 indicava o preocupante recrudescimento do consumo e a impunidade dos traficantes que se defendiam com a alegação de que eram meros usuários.¹⁸

¹⁶ Art. 26. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no artigo 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

Penas – três a nove meses de prisão celular, e multa de 1.000\$0 a 5.000\$0.

Parágrafo único. Em circunstâncias especiais, mediante declaração do médico regularmente inscrito no Departamento Nacional de Saúde Pública, poderá ser excedida a dose terapêutica acima determinada, devendo em tais casos ser apresentada pelo próprio médico, à autoridade sanitária, a justificação do emprego do entorpecente.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. P. 20.

¹⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Incriminação do porte de substância entorpecente para uso próprio**. In: REALI JÚNIOR, Miguel (Coord.). Drogas: aspectos penais e criminológicos. 205, p. 153.



Em seguida, a Lei n. 5.726/71 alterou novamente a redação do artigo 281 do Código Penal. Contudo, frustrando a expectativa doutrinária, manteve a equiparação penal do traficante e do usuário. Teve como avanço o fato de o dependente de drogas não ser mais considerado criminoso, mas sim carecedor de tratamento médico.

Segundo Carvalho:

Os Estados Unidos da América disseminaram a idéia de que a culpa pelo consumo interno está nos países produtores de drogas. Na imensa maioria das nações da América Latina, esse projeto externo norte-americano apresentou grande reflexo nas políticas de segurança pública. No Brasil, rota de passagem do comércio internacional, a Lei n. 5.726/71 pode ser entendida como consequência da influência dos Estados Unidos da América, sendo que com o advento da Lei n. 6.368/76 o discurso jurídico-político belicista figurou como modelo oficial do repressivismo brasileiro. O problema dessa situação reside no fato de que a importação da política norte-americana implica a não-observância da alteridade, a não consideração das peculiaridades de cada país.¹⁹

A Lei n. 6.368/76, revogou a anterior (Lei n. 5.726/71) e, por conseguinte, o artigo 281 do Código Penal. Deste modo, toda a matéria penal relativa a prevenção e repressão ao uso de substâncias entorpecentes passou a ser tratada nesta lei especial.

Fatores de altíssima relevância e destaque foram o aporte da necessidade de medidas preventivas e terapêuticas, bem como a distinção do apenamento do tráfico e do uso de drogas. Passou a considerar a figura do narcotraficante, marcando um recrudescimento das penas para esse tipo de infrator. Igualmente, foram criados vários novos verbos nucleares do tipo penal, ampliando significativamente as condutas proibidas e reprimidas pelo direito penal.

A Constituição Federal/1988, em seu inciso XLIII do artigo 5º, também previu disposições relativas ao combate e repressão às drogas, estabelecendo a equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos. Desta forma, impediu a possibilidade de fiança, graça ou anistia para esses delitos, bem como determinou a responsabilização criminal dos mandantes, dos executores e dos que se omitirem quando podiam evitar essas infrações.

Por consequência, a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) regulamentou a Constituição Federal e incluiu no rol dos crimes equiparados a hediondos o tráfico ilícito de entorpecentes. Além disso, avançou no texto e

¹⁹ CARVALHO, Salo de. P. 22.



também passou a vedar a concessão de liberdade provisória para esses crimes. Atualmente, a Lei n. 11.464/07 retirou essa vedação aos crimes hediondos.

Ainda, no artigo 243, a Constituição Federal criou a possibilidade de expropriação de glebas onde se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e, no parágrafo único, previu a perda de valores apreendidos em decorrência do tráfico de drogas. A regulamentação desta matéria constitucional foi concretizada pela Lei n. 8.257/91.

Em seqüência, foi promulgada a Lei n. 9.614/98, que ficou conhecida como a “Lei do Abate”, que acrescentou no §2º do artigo 303 da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) a possibilidade da derrubada de aeronaves suspeitas transportar drogas. Em 2004, o Decreto n. 5.144 regulamentou o artigo 303, elencando as circunstâncias em que as aeronaves são consideradas suspeitas de tráfico de drogas. Essas aeronaves podem sofrer medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão. Caso a aeronave interceptada não atenda a esses procedimentos, é classificada de hostil e pode ser destruída.

O próximo passo foi à edição da Lei n. 10.409/02, que visava substituir a Lei n. 6.368/76. Ao contrário de proporcionar soluções aos problemas penais e processuais penais relativos às drogas, esta lei criou um grande problema de hermenêutica jurídica.

É que, na origem, a Lei possuía 59 artigos. Após o veto presidencial, que se focou principalmente no capítulo dos delitos e das penas e na cooperação internacional, restaram apenas 29 artigos, ligados a questão processual. A lei ficou desnaturada e teve vigência concomitante com a Lei n. 6.368/76, que ela pretendia revogar. Houve uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial, com posicionamentos diversos, sobre quais as partes da lei estavam em vigência. Isso apressou a edição da Lei n. 11.343/06.

3 A saúde pública como bem jurídico tutelado

Não há dúvidas de que a Constituição Federal conferiu proteção criminal à saúde pública, proibindo, de forma rigorosa, o comércio de substâncias entorpecentes. Em seu artigo 5º., inciso XLIII, afirma:

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia [...] o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins [...] por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.



Partindo desta concepção, parece certa a possibilidade de utilização do direito penal para a proteção da saúde pública, justificado pelo próprio valor conferido ao bem jurídico pela Carta Magna.

Por certo que há discussão jurídica sobre a legitimidade do direito penal reprimir o consumo de drogas. Todavia, registro que: “O mero consumo, além de trazer danos ao consumidor traz, no mínimo, perigo de dano à sociedade num todo”.²⁰

Corroboram com este posicionamento os diretores de escola e demais membros do corpo técnico-pedagógico, ouvidos pela pesquisa realizada em escolas brasileiras, abaixo citada, onde afirmam que: “Entre as conseqüências advindas do uso estão não só a destruição dos usuários, como também da própria sociedade”.

Inegável que o consumo indevido de drogas é prejudicial à saúde. Esta percepção é evidente, tanto que em recente pesquisa realizada com jovens estudantes de 14 capitais brasileiras, independentemente de fazerem uso ou não de drogas, os estudantes concluíram que o consumo faz mal à saúde e, por isso, condenam as drogas. Destaca-se que 86% destes consideraram: “[...] o uso de drogas como um problema, um perigo, uma ameaça; em segundo lugar como uma doença (11,3%), [...] como algo normal (2,9%).²¹

Respeitáveis doutrinadores vêm, há muito, sustentando a impossibilidade jurídica da punição criminal do usuário de drogas, partindo do pressuposto de que o dano a saúde individual do usuário não permitiria o castigo, pois a Constituição Federal não autoriza a punição da autolesão e que isso importaria violação da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de autodeterminação.²²

Assim, concluem que: “A manutenção da punição do usuário de drogas, ainda que feita sem penas privativas de liberdade, não é razoável, justa ou eficiente, pois não protege [...] nenhum bem jurídico significativo”.²³

Por certo, esta dicotomia enriquecedora do direito, que aborda o mesmo tema com posições completamente diferentes, sem que uma seja a certa e a outra a errada, demonstram sim um foco de visão diferente. De um lado, aqueles que vêem o direito sob o aspecto individual e, de outro, aqueles que

²⁰ COSTA, Fernando José da. Descriminalização do porte e do uso de substância ilícita. In REALI, Miguel (Org.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. 2005, p. 88.

²¹ ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. **Drogas nas Escolas: versão resumida**. 2005, p. 79.

²² BOTTINI, Pierpaolo. As Drogas e o Direito Penal da sociedade de Risco. In REALI, Miguel (Org.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. 2005, p. 81.

²³ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência, Uso de Drogas e Análise Econômica do Direito**. Boletim IBCCRIM, n. 170, jan. 2007, p. 09.



o vêm do plano da defesa coletiva e difusa do direito, ou seja, da defesa da sociedade.

4 A nova Lei Antidrogas

A nova Lei de Drogas foi publicada em 24 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006. Em seu artigo 75 revogou expressamente as Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/02, que, até então, cuidavam do assunto drogas no Brasil. Todas as atividades tipificadas como criminosas que estavam previstas na lei anterior continuam contempladas no novo diploma legal, com uma nova e atualizada descrição típica.

Para Luiz Flávio Gomes, os eixos centrais da nova legislação passam, dentre outros, pelos seguintes pontos:

(a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário [...]; (c) rigor punitivo com o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimental e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, [...] leiloados os bens [...] obtidos com os delitos de drogas.²⁴

A diferenciação “[...] entre usuário e traficante continua tendo por base o caso concreto, devendo levar-se em conta a natureza da droga, sua quantidade, local e condições da prisão, o modo de vida do agente, seus antecedentes, etc [...]”.²⁵

A Lei n. 11.343/2006 trouxe um novo conceito de drogas. Pela lei anterior, somente poderiam ser consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica, aquelas que, previamente, tivessem sido especificadas em lei ou relacionadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (portarias e resoluções). Tratava-se, portanto, de norma penal em branco em que a conduta incriminada era parcialmente descrita, pois necessitava de complemento para dar vida e exequibilidade ao preceito.

Agora, a nova lei antidrogas se utiliza de terminologia diversa da anterior. O termo substância entorpecente restou abandonado e foi substituído pela expressão “drogas”.

Essa troca de termos se deve principalmente por que a Organização Mundial de Saúde considerou os termos “toxicomania, hábito e entorpecentes” impróprios e preferiu adotar as expressões “dependência” e “drogas que

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentada**. 2006, p. 07.

²⁵ WEDY, Miguel Tedesco. *Idem*. p. 07.



determinem dependência”. Com isso, a nova lei corrigiu equívoco conceitual e metodológico, “[...] não mais classificando drogas como entorpecente, que, na verdade, é apenas um dos tipos de drogas”.²⁶

Nota-se ainda que o legislador optou conscientemente pela continuidade do modelo da norma penal em branco, assim como anteriormente vimos, pois já o fazia na Lei n. 6.368/76.²⁷

Questiona-se a situação hipotética de alguém ser flagrado portando ou consumindo substância sabidamente capaz de causar dependência, porém ainda não catalogada em lei ou em lista do Poder Executivo da União (Portarias SVS/MS 344/98), não haveria que se falar em tipicidade na conduta daqueles que praticassem quaisquer das ações previstas nos artigos 33 a 39. Trata-se, portanto, de norma penal em branco que necessita de um complemento normativo, do contrário não há tipicidade penal.²⁸

Esta opção legislativa, de utilização da norma penal em branco, sofre críticas de parte da doutrina garantista, pois “[...] a constante utilização da técnica legislativa de preceitos em branco, sob o pretexto de flexibilidade, o que aprofunda a crise no sistema da legalidade constitucional ao permitir que órgão executivo estabeleça o conteúdo formal do tipo penal”.²⁹

No mesmo sentido, Greco Filho e Rassi referem:

Nota-se maléfica flexibilização do princípio da legalidade que acarreta irreversível efeito na base do sistema de garantias fundamentais, indicando a questionável constitucionalidade de tal técnica legislativa (utilização de preceitos em branco).³⁰

5 O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006

Diz o artigo 28 da nova Lei Antidrogas:

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

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

²⁶ FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 2006, p. 21-22.

²⁷ *Ibid.*, p. 13.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Nova Lei de Drogas**. 2006, p. 21.

²⁹ CARVALHO. Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 2007, p. 188.

³⁰ *Ob. Cit.* p. 10.



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

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

Par. 3º. As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 05 (cinco) meses.

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

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

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

O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Após analisar o histórico legislativo no tocante às leis antidrogas, percebe-se claramente que o consumidor de drogas teve um tratamento absolutamente privilegiado pela nova lei, especialmente se a observarmos sob o enfoque das penas cominadas. Com efeito, ao não mais prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, confrontando-se o atual artigo 28 com o antigo artigo 16, da Lei n. 6.368/76, não há dúvidas de que o tratamento agora dispensado é muito mais brando.

Conforme observa Nucci, no tocante ao usuário de drogas, a nova Lei penal é mais benéfica e possui efeito retroativo:

“O crime de porte de drogas para consumo pessoal (atual art. 28) tem perfil evidentemente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76. Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Portanto, entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no antigo art. 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da Lei n. 11.343/06.”³¹

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006, p. 757.



Desta forma, em que pese a conduta continuar sendo tratada como criminosa, pretende-se que o infrator/usuário sequer passe pela autoridade policial, sendo, quando possível, encaminhado diretamente aos juizados de plantão. Outrossim, não há mais inquérito policial, devendo ser realizado apenas o termo circunstanciado. Entretanto, tal providência já vinha sendo adotada desde a efetiva implementação da Lei n. 9.099/95, em virtude de que a pena privativa de liberdade que era prevista para o artigo 16 tornava-o da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Por conseqüência da impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, também não é mais possível a prisão em flagrante. Na audiência preliminar (artigo 76 da Lei n. 9.099/95), já é possível aplicar-se as penas previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/06 através da transação penal. Por óbvio, devem estar presentes os demais requisitos legais (não ter sido feita outra transação penal em menos de 05 anos, não ser reincidente, etc).

Contudo, a principal discussão que se travou na doutrina e na jurisprudência, após a entrada em vigência do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, sem cominação de pena privativa de liberdade, é sobre a sua natureza jurídica. Houve uma grande divisão, apontando-se especialmente para três possibilidades: descriminalização, despenalização e descarceirização.

6 Descriminalização, despenalização ou descarceirização?

A nova legislação sobre tóxicos inovou no tratamento dado ao usuário de drogas. A conduta foi mantida como criminosa, porém foi afastada a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

Em virtude disso, alguns autores passaram a afirmar que isso teria acarretado a sua descriminalização. Uma das justificativas é que a Lei de Introdução ao Código Penal - Decreto-lei n. 3.914/41, considera como crime a infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art. 1º). Assim, como o novo tipo penal não prevê pena de reclusão ou detenção, não poderia ser enquadrada como infração penal.

Segundo Luiz Flávio Gomes:

Houve descriminalização penal (*abolitio criminis*), porém, sem a concomitante legalização. O art. 16 foi descriminalizado, mas a posse de droga não foi legalizada [...] a posse de drogas para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão [...] será sancionada com penas alternativas, [...] não há que se falar em 'crime' ou em 'contravenção penal' (por força do art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal [...]).



O art. 28, [...] contempla uma infração 'sui generis' (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal).³²

No mesmo sentido, posiciona-se João José Leal, sustentando que teria havido uma espécie de 'descriminalização branca', pois o legislador teria inovado e criado uma norma que o autor denominou de 'infração penal inominada'.³³

Por certo, estes argumentos reforçaram as teses garantistas há muito defendidas, no sentido de que a conduta é autolesiva, não ofende a saúde pública e está ligada a intimidade e vida privada do usuário.

Em relação a estes posicionamentos, registre-se que a Lei de Introdução ao Código Penal traz considerações acerca do Código Penal de 1940. Como cediço, a parte geral do Código Penal foi inteiramente modificada pela reforma ocorrida em 1984. Ademais, na antiga parte geral do Código, sequer havia previsão de penas restritivas de direitos, porque, naquela época, elas ainda não existiam.

Por este motivo, a Lei de Introdução ao Código Penal, de 1940, não fez menção às penas restritivas de direitos, que hoje são consideradas espécies de penas pelo atual artigo 32 do Código Penal.

Por outro lado, o artigo 12 do Código Penal reza expressamente que as suas regras gerais serão aplicadas à legislação penal especial quando esta não dispuser de modo diverso. Por óbvio, a Lei n. 11.343/06 é especial e dispôs de modo diverso. Assim, há incidência direta do artigo 12 do Código Penal.

Oportuno registrar, também, que os demais argumentos garantistas, há muito sustentados, foram afastados pela nova lei antidrogas. No Brasil, assim como na imensa maioria do mundo, há uma clara opção legislativa e de política criminal no sentido da manutenção da criminalização da conduta do usuário de drogas. Não há dúvidas de que houve um abrandamento nas penas. Mas só.

O relatório apresentado pelo Deputado Federal gaúcho Paulo Pimenta, que foi o relator na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei que se transformou na Lei n. 11.343/06, não deixa qualquer dúvida sobre a postura legislativa quanto a criminalização do consumo de drogas:

"[...] 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,

³² GOMES, Luiz Flávio. 2006, p. 118/119.

³³ LEAL, João José. **Nova Lei n. 11.343/06: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?** Boletim IBCCRIM, n. 169, p. 02.



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 e as penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal [...].³⁴

É público é notório que a utilização de drogas (lícitas e ilícitas) incrementa a violência urbana como um todo. O usuário de drogas está diretamente ligado à violência doméstica, no trânsito, nos furtos e nos roubos, nestes para financiar o seu vício. Sem esquecer-se que estão também no rol dos responsáveis pelo crescimento e fortalecimento do tráfico de drogas. Ora, se não houvessem tantos consumidores de drogas, o tráfico não seria tão intenso e dominador.

Quem observa a questão das drogas pelo lado das famílias, das escolas, da saúde e da segurança pública (e não apenas pela visão egoística do indivíduo), sabe do verdadeiro ‘pânico’ que são acometidos pais e educadores para enfrentar diariamente jovens e adolescentes drogados, que comprometem a sua formação e o seu aprendizado, perturbam e preocupam todos os que os circundam e, quando dependentes, enfrentam todo o transtorno e a degradação da internação. Por isso, impossível de se aceitar argumentos de que essa conduta não viole ou coloque em perigo bens jurídicos de terceiros.

Segundo a atenta análise de Greco Filho,

O uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica tem preocupado todas as nações civilizadas. A toxicomania, além da deterioração pessoal que provoca, projeta-se como problema eminentemente social, quer como fator criminógeno, quer como enfraquecedora das forças laborativas do país, quer como deturpadora da consciência nacional.³⁵

De outra banda, o reconhecimento da descriminalização implicaria indevidos reflexos imediatos na questão da reincidência criminal e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o ato infracional é a conduta prevista como crime ou contravenção penal. Essa interpretação liberalizante acarretaria também a impossibilidade de enfrentamento da questão do consumidor de drogas adolescente, que é uma das maiores preocupações da sociedade.

³⁴ Quest. Ord. em Rec. Extraordinário 430.105-9 RJ. STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, p. 08.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. Saraiva, 1991, p. 01.



Assim, concluindo que não houve descriminalização do consumo de drogas no Brasil, passa-se a analisar o posicionamento que defende a despenalização.

Conforme já afirmamos alhures, houve um abrandamento na punição do crime do uso de drogas. Para muitos, a não cominação de pena privativa de liberdade deve ser entendida como uma despenalização da conduta. Conforme sustenta Janaína Paschoal: “[...] pode ser considerado, no máximo, despenalizador, já que deixa de prever pena privativa de liberdade para aqueles que portam drogas para consumo próprio, continuando, [...] a considerá-los criminosos.”³⁶

Neste mesmo sentido a opinião de Reinaldo Daniel Moreira de que “não parece ter sido o propósito da lei a descriminalização do uso, na verdade tem caráter despenalizador, ante a previsão singular operada pelo art. 28, mas que, por si só, não leva ao entendimento de que foi descriminalizada.”³⁷

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, que tem servido de paradigma para os tribunais brasileiros³⁸, aponta para a idéia de despenalização:

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 desprezo 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

³⁶ PASCHOAL, Janaína. **A importância do encontro sobre drogas**. REALI, Miguel (Coord.) ob. cit. p. 02/03.

³⁷ MOREIRA, Reinaldo Daniel. **Algumas considerações acerca da pretensa Descriminalização do uso de entorpecentes pela Lei n. 11.343/06**. Boletim IBCCRIM, n. 170, 2007, p. 07/06.

³⁸ Rec. Especial n. 872.153-MG, rel. Min. Laurita Vaz, 26.06.2007; Apel. Crim. n. 70019678473, 2ª. C. Cr. TJRS, Des. Sylvio Baptista Neto, 30.10.2007; Rec. Crim. n. 71001495548, Turma Recursal Criminal/RS, 26.11.2007.



(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.³⁹

Concluindo que a nova Lei Antidrogas não operou nem descriminalização e nem despenalização da conduta de trazer consigo ou adquirir drogas para uso pessoal, Greco Filho e Rassi afirmam:

[...] Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º. que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. [...] pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustenta que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar.⁴⁰

Todavia, pensamos que não deve prevalecer essa idéia de despenalização. Com efeito, o crime não ficou sem pena, pois há a previsão de penas restritivas de direitos no caso de violação da proibição de consumir drogas.

Por certo, as penas privativas de liberdade não são mais as únicas previstas para o caso de incidência de crimes. Desde as reformas da parte geral do Código Penal, realizadas em 1984 e em 1998, que as penas privativas de liberdade vem sendo destinadas aos crimes graves, praticados com violência ou grave ameaça às pessoas, e aos crimes hediondos e os seus equiparados. Por isso, não cominar pena de prisão há um delito considerado leve, não significa que não há pena, pois serão aplicadas penas alternativas à prisão, que são as necessárias e suficientes para a repressão e prevenção deste crime.

Por fim, há o posicionamento que sustenta a idéia de descarceirização do crime de consumir drogas. Nos filiamos a este corrente. Depois de tentar demonstrar que não houve a descriminalização e nem a despenalização da conduta de usar drogas, é forçoso reconhecer que houve a descarceirização.

Analisando-se não apenas o artigo 28, mas sistematicamente toda a Lei n. 11.343/06, verifica-se que houve uma clara opção pela repressão mais severa do tráfico de drogas e de um abrandamento da pena do crime do usuário de drogas. Como não há mais a previsão de aplicação de pena de prisão e nem a

³⁹ Quest. Ord. em Rec. Extraord. N. 430.105-9-RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007.

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Ob. cit. p. 43.



conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, a conclusão é de que não há mais a possibilidade de o usuário de drogas ser levado ao cárcere por este crime.

Quanto a este ponto, a opinião de Carvalho é no sentido de que ocorreu uma ‘explícita descarceirização’ dos delitos relativos ao uso de drogas, ressaltando que não houve descriminalização.⁴¹ Denis Sampaio, no mesmo sentido, também sustenta que houve uma descarceirização. Entretanto, critica que a nova lei não afastou a “antiga estigmatização social” do usuário, pois permaneceu o controle social.⁴²

Essas diferentes posições sobre a natureza jurídica da nova concepção legal sobre o crime do usuário de drogas, demonstram que o tema é polêmico e merecedor de atenção doutrinária e jurisprudencial. Por certo, demonstram focos de visão diferenciados sobre o mesmo tema. Temos dito, que a visão do indivíduo sobre o crime e a pena é sempre diferente da visão social e das autoridades encarregadas de combater o crime e assegurar o direito constitucional à segurança pública, que é um dos principais deveres do Estado.

Isso não significa que alguns estão certos e outros errados. Ao contrário, dentro dessa divergência deve-se construir algo juridicamente sustentável e que contemple os direitos individuais dos cidadãos, mas que não impossibilite a atuação estatal e o interesse público.

Sustentar a descriminalização do uso de drogas é fechar os olhos para o mundo, pois salvo honrosas exceções, a quase integralidade dos países coíbe essa prática. A não ser que queiramos ser o novo paradigma do mundo jurídico. Além disso, o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais, responsabilizando-se pelo enfrentamento do tráfico e do uso de drogas.

Por outro lado, enfrentar o consumo e o tráfico de drogas com a prisão de usuários é um grande equívoco. A pena privativa de liberdade está reservada aos crimes efetivamente graves e que não podem ser enfrentados de outro modo.

Assim, pensamos que a nova Lei Antidrogas buscou e alcançou este equilíbrio, ou seja, manteve a conduta do usuário como criminosa, mas afastou a possibilidade dele ser encarcerado por isto.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. Ob. cit. p. 118.

⁴² SAMPAIO, Denis. **Inovação Legislativa do Uso de Drogas diante de uma visão processual: nova medida descarceirizadora.** Boletim IBCCRIM, n. 170, p. 07.



Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. **Drogas nas Escolas: versão resumida**. Brasília: UNESCO, Rede Pitágoras, 2005.

ALONSO, Martin Barriuso. **La Prohibición de drogas: Del tabu a la desobediência civil**. Disponível em: http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/barriuso_prohibicion_tabu_desobediencia_es.htm. Acesso em 23.01.2008.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – Prevenção – Repressão**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: crimes e regime processual penal: Lei n. 11.343/06**. Curitiba, Juruá, 2007.

JAKOBS, Güinter. **Derecho penal Del ciudadano y derecho penal Del enemigo**. Traduzido por Manuel Câncio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

LEAL, João José. **Nova Lei n. 11.343/06: Descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?** Boletim IBCCRIM n. 169. São Paulo, 2006.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. **Algumas considerações acerca da pretensa Descriminalização do Uso de Entorpecentes pela Lei n. 11.343/06**. Boletim IBCCRIM n. 169, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REALI JR., Miguel (Coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAMPAIO, Denis. **Inovação Legislativa do Uso de Drogas diante de uma visão processual: nova medida Descarcerizadora**. Boletim IBCCRIM n. 170, São Paulo: 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência, Uso de Drogas e Análise Econômica do Direito**. Boletim IBCCRIM n. 170, São Paulo: 2007.



