

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FERNANDA FISCHER CASAGRANDE

O TRATAMENTO PENAL DA CONDUTA DE PORTE DE DROGAS PARA USO  
PESSOAL NA LEI 11.343/06

PORTO ALEGRE

2010

FERNANDA FISCHER CASAGRANDE

O TRATAMENTO PENAL DA CONDUTA DE PORTE DE DROGAS PARA USO  
PESSOAL NA LEI 11.343/06

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador : Prof. Salo de Carvalho.

PORTO ALEGRE

2010

FERNANDA FISCHER CASAGRANDE

O TRATAMENTO PENAL DA CONDUTA DE PORTE DE DROGAS PARA USO  
PESSOAL NA LEI 11.343/06

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Conceito:.....

Porto Alegre, 22 de novembro de 2010.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Salo de Carvalho pela atenção a mim dedicada. O conhecimento adquirido através de sua pessoa e de seus textos não me serviram apenas para a realização deste trabalho, mas também para um questionamento da realidade que me cerca, renovando em mim o sentimento e a esperança de vislumbrar o Direito como instrumento capaz de mudar para melhor as nossas vidas. Não me surpreende que suas idéias sejam frequentemente invocadas em decisões dos Tribunais Superiores. É com orgulho que o tive como meu orientador desta pesquisa e o tenho como exemplo de jurista e professor.

Agradeço aos meus pais, que sempre priorizaram os meus estudos e de minha irmã e nos ensinaram que a realização de qualquer objetivo é possível através de perseverança e dedicação. A crença no meu potencial foi essencial para que eu chegasse até aqui. Agradeço à minha irmã pelo apoio, pelo olhar de incentivo e pela oferta constante de carinho, sem os quais a tarefa seria mais difícil. O agradecimento maior é dirigido a eles, pais e irmã, pelo amor incondicional, combustível das minhas aspirações e base das minhas conquistas.

Por fim, agradeço aos meus amigos, pela ajuda oferecida e pela compreensão da minha ausência em certos momentos. Pelo incentivo e pela cumplicidade. Obrigada aos amigos feitos nesta caminhada acadêmica e àqueles que me acompanham há mais tempo.

## RESUMO

Este trabalho intenta analisar o tratamento penal dado à conduta de porte de drogas para consumo pessoal na Lei 11.343/2006. O estudo da hipótese penal expõe a estrutura de incriminação, trazendo os elementos integrantes do tipo e as sanções previstas a quem comete o delito. Conhecida a previsão legislativa, inicia-se uma análise da opção do legislador em incriminar a conduta e a (in)sustentabilidade dessa criminalização. Para tanto, pesquisou-se sobre os fundamentos sobre os quais foi alicerçado o modelo proibicionista e os resultados da adoção dessa política. Com base nessa pesquisa, busca-se explicitar a ineficácia da proibição como forma de combater os problemas relacionados às drogas e a necessidade de uma mudança de paradigma. O trabalho traz alternativas à repressão e experiências positivas de implementação de políticas de redução de danos adotadas em outros países, as quais podem e devem ser seguidas pelo Brasil.

Palavras-chave: Direito Penal. Política Criminal. Drogas. Entorpecentes. Descriminalização.

## ABSTRACT

This paper is an effort to analyze the criminal processing given to the conduct of drug possession for personal consumption according to 11.343/2006 Act. The study of the penal hypothesis exposes the structure of incrimination, bringing the type elements and the sanctions provided to people who commits the crime. After acquainting the legal provision, begins an analysis of the legislature's option to incriminate the conduct and the (un)sustainability of this criminalization. To do so, a research was made on the grounds on which it was founded the prohibitionist model and the results of adopting this policy. Based on such research, we seek to explain the ineffectiveness of the ban as a way to combat the problems related to drugs along with the need for a paradigm shift. This paper brings alternatives to the repression as well as positive experiences in the implementation of harm reduction policies, adopted by other countries, which could and should be followed by Brazil.

**Keywords:** Criminal Law. Criminal Policy. Drugs. Narcotics. Decriminalization.

## LISTA DE SIGLAS

|              |                                   |
|--------------|-----------------------------------|
| <b>CONAD</b> | Conselho Nacional Antidrogas      |
| <b>SVS</b>   | Secretaria de Vigilância em Saúde |
| <b>STJ</b>   | Superior Tribunal de Justiça      |
| <b>STF</b>   | Supremo Tribunal Federal          |
| <b>EUA</b>   | Estados Unidos da América         |
| <b>ONU</b>   | Organização das Nações Unidas     |
| <b>JEC</b>   | Juizado Especial Criminal         |

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>08</b> |
| <b>I. O PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b><br>.....       | <b>10</b> |
| 1.1 A CONFUSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO PENAL DAS DROGAS .....                         | 10        |
| 1.1.1 O advento da Lei 6.368/76.....   | 11        |
| 1.2 A NOVA LEI DE DROGAS: 11.343/2006 .....  | 16        |
| 1.2.1 A Previsão do Porte para Uso Próprio na Lei 11.343/06:.....                    | 18        |
| 1.2.2 Das Penas .....  | 22        |
| 1.2.3 Descriminalização ou Despenalização?.....                                      | 30        |
| <b>2 A INSUSTENTABILIDADE DA INCRIMINAÇÃO</b> .....                                  | <b>36</b> |
| 2.1 OS ESTEREÓTIPOS DA CRIMINALIZAÇÃO .....  | 38        |
| 2.2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA CONDUTA DO ARTIGO 28 .....                     | 42        |
| 2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA<br>CONSUMO PRÓPRIO ..... | 47        |
| 2.3.1 A Decisão Argentina .....  | 52        |
| <b>3 DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS E POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS.</b><br>.....       | <b>55</b> |
| 3.1 A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS .....   | 55        |
| 3.1.1 A experiência portuguesa .....   | 61        |
| 3.2 AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS .....   | 65        |
| 3.2.1 Experiências Positivas.....  | 68        |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....   | <b>71</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | <b>74</b> |



## INTRODUÇÃO

O problema das drogas vem, cada vez mais, afetando a sociedade e as relações humanas, tornando-se questão central das políticas criminais. O uso de substâncias psicoativas sempre existiu ao longo da história, sendo a finalidade da utilização das mais variadas. O povo andino tem forte identidade com o consumo da folha de coca, por exemplo, a qual faz parte de sua cultura, tradição passada por seus ancestrais, não concebendo o ato como criminoso. O uso do ópio era comum na Mesopotâmia, como a “droga do prazer”, já em 3.500 A.C. Utilizadas em rituais religiosos, mágicos, na medicina ou na busca pelo prazer temporário, as drogas entram no mundo capitalista como mercadoria, movimentando um mercado de vendedores que aproveitam-se da ilegalidade e de consumidores que adentram na clandestinidade para manter seu vício ou simplesmente ter acesso ao consumo eventual.

A política proibicionista apontada como solução do problema tem mostrado-se ineficaz, visto o contínuo aumento no consumo, produção e comércio de substâncias consideradas ilícitas. Os danos e sofrimentos causados por esse discurso de repressão são sentidos não apenas pelos indivíduos envolvidos com as drogas, mas por toda a sociedade, que se vê assolada pela disseminação de doenças relacionadas ao consumo, incremento da violência, corrupção dos órgãos públicos, entre outros. A frustração de uma política criminal que não se mostra apta a resolver esses problemas - ao contrário, acaba por aprofundá-los – é ainda maior ao perceber que esta viola direitos garantidos por convenções internacionais e princípios constitucionais.

Dada a incapacidade das políticas de repressão às drogas em combater o problema, nem ao menos controlá-lo, surgem alternativas ao proibicionismo. A Criminologia Crítica, em lugar do tradicional discurso incriminador, traz propostas de minimização da incidência do direito penal, no sentido da descarcerização e adoção de medidas descriminalizantes. Políticas de redução de danos, em oposição ao proibicionismo extremo, passam a ser estudadas por formadores de políticas públicas e testadas em diversos países.

A Lei 11.343/06, que traz a regulamentação das políticas públicas das drogas, avança em relação às legislações anteriores acerca da conduta do porte de drogas

para consumo pessoal, abandonando a pena de prisão, mas ainda mostra-se vinculada ao modelo proibicionista, reproduzindo dispositivos criminalizadores e ignorando o fracasso da repressão.

O presente trabalho traz uma breve pesquisa do tratamento dado à conduta de porte para consumo pessoal pelo ordenamento jurídico brasileiro ao longo da história. Atenção maior dispensa à análise da conduta na Nova Lei de Drogas instituída em 2006, expondo a estrutura da incriminação e o sistema de penas e medidas previsto. Ainda há o debate acerca da natureza do fenômeno ocorrido em relação à conduta do artigo 28, descriminalização ou despenalização, com posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Em um segundo momento, passa-se para a análise crítica da opção legislativa em manter a criminalização da conduta, questionando a sustentabilidade - ou insustentabilidade - desta opção. O porte de pequena quantidade de droga, destinada para consumo próprio apenas, acarreta dano à saúde pública? O Direito Penal deve ocupar-se de lesões insignificantes ao bem jurídico tutelado? Ou ainda, o dano atingindo o sujeito da conduta apenas, sem falar em lesão a direito alheio, constitucional é o dispositivo? Todas essas questões são trazidas a este trabalho, com posições de diferentes juristas e decisões dos nossos tribunais.

Por fim, propõe-se olhar para a descriminalização do uso das drogas – que não impede, em um momento posterior, ser estendido à produção e distribuição – como alternativa capaz de reduzir os danos advindos das substâncias entorpecentes, através de prevenção, informação, controle médico e tratamento, buscando a melhoria da qualidade de vida dos envolvidos com as drogas e da sociedade como um todo. Experiências positivas mostram a viabilidade e a necessidade dessa mudança de paradigma e a possibilidade de implementação dessas políticas no Brasil.

## 1. O PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

### 1.1 A CONFUSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO PENAL DAS DROGAS

Durante os anos sessenta, as orientações político-criminais dos países influentes eram no sentido de globalização do controle penal sobre drogas ilícitas, com a consolidação de tratados e convenções internacionais para o incremento da repressão das condutas relacionadas às drogas. Ocorre que, apesar dos esforços pela densificação do processo de repressão e punitividade, os índices de consumo e comércio destas substâncias não demonstravam redução; ao contrário, o uso, a produção e a mercancia tornavam-se um problema cada vez maior<sup>1</sup>. É neste contexto que surge o discurso médico-jurídico de diferenciação entre usuário e comerciante e a “concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente”<sup>2</sup>.

Seguindo as orientações internacionais de repressão, o Brasil passa a expedir Decretos-Lei para adequar as normas internas, criminalizando em 1968, a conduta do porte para consumo próprio, até então não tipificada no Código Penal. A Lei 5.726/71 descodifica a matéria, apresentando um estatuto que, apesar de preservar o discurso médico-jurídico, de tendência mundial, com a distinção do consumidor e do traficante, apresenta mesmo apenamento para os considerados doentes e delinqüentes, respectivamente<sup>3</sup>.

É a partir da Lei 6.368/76 que verifica-se substancial alteração do modelo repressivo com a diferenciação do tratamento punitivo dessas figuras. Esse processo de distinção da resposta penal às condutas de uso e de mercancia, que inicia na Lei 6.368/76, se consolida na Lei 11.343/06.

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese - Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. 273 f

<sup>2</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5.ed. Rio de Janeiro. Lúmen Iuris, 2010. p.15.

<sup>3</sup> Idem. p.17.

### 1.1.1 O advento da Lei 6.368/76

A primeira legislação que trouxe previsão punitiva para as condutas de uso e comércio de substâncias tóxicas estava no Livro V das Ordenações Filipinas. A pena para o porte e comércio das substâncias “proibidas”, na época as mais conhecidas eram o rosalgar e o ópio, era de confiscar bens ou expulsar o indivíduo do território nacional, remetendo-o à África.<sup>4</sup> Entretanto, não havia de fato incriminação específica dos entorpecentes. A questão da criminalização das drogas surge no Brasil no Código de 1890, em seu artigo 159, o qual tipificava como crime contra a saúde pública o porte das chamadas substâncias venenosas e punia com multa o transgressor. Com a Consolidação das Leis Penais, em 1932, o termo “venenosas” é substituído por “entorpecentes” e o artigo 159 sofre acréscimos de parágrafos, ampliando as hipóteses criminalizadas e majoração nas penas previstas<sup>5</sup>.

A partir da década de 40, a publicação da Consolidação das Leis Penais e a expedição de Decretos apontam para o surgimento de um sistema proibicionista, com tratamento repressivo das condutas ligadas à questão das drogas, criando modelos punitivos autônomos, sendo a resposta penal para a questão das drogas independente daquela destinada a outros delitos. Em 1942 e 1964, através dos Decretos 4720 e 4451, respectivamente, surge a criminalização do cultivo e plantio de entorpecentes, e com isso o impulso para o controle repressivo da matéria criminal das drogas<sup>6</sup>.

Nesta época, o consumo das drogas vinculava-se a grupos considerados desviantes, surgindo a concepção de relacionar o usuário a um delinqüente. É dessa relação, que nasce um discurso moralizante, que pode ser chamado de ético-jurídico, que cria um estereótipo do consumidor e liga o uso das drogas a uma patologia humana. Nesta atmosfera de repressão surge a ideologia da diferenciação, apoiada neste discurso ético-jurídico, que traz a distinção entre usuário e traficante

---

<sup>4</sup>GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). **Lei de drogas Comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.110.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. 273 f.

<sup>6</sup> PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política de drogas no Brasil**: Elementos para uma reflexão crítica. Disponível em [www.conpedi.org.br/manaus](http://www.conpedi.org.br/manaus). Acesso em 08 nov 2010.

como o doente e o delinqüente, respectivamente. O controle dos envolvidos com as drogas se dá pelo modelo médico-sanitário-jurídico, de tratamento, prevenção e punição. Sobre o traficante recai o estereótipo de criminoso, agente da ofensa à moral e à saúde pública, recebendo tratamento punitivo do Estado pela sua conduta. O consumidor é destinatário do discurso médico-psiquiátrico, que traz o estereótipo da dependência e a necessidade de tratamento médico. Surge, portanto, a concepção de que a droga é inimiga do Estado; as condutas relacionadas ao porte, uso e comércio dessas substâncias passam a receber tratamento penal repressivo das agências de controle do mundo todo. No âmbito nacional, o Decreto-lei 159/67 iguala aos entorpecentes às substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica<sup>7</sup>.

Em 1968, na contra-mão do discurso de diferenciação utilizado internacionalmente, o Decreto-lei 385/68 modifica o art. 281 do Código Penal. Pela redação do artigo, depreendia-se uma descriminalização do uso da droga apoiada no princípio da taxatividade, afinal previa-se a punição do comerciante apenas, segundo o entendimento do STF. Este Decreto-lei, contrariando as orientações mundiais, criminaliza o uso, submetendo o consumidor às mesmas penas impostas ao traficante<sup>8</sup>. Após três anos de vigência deste Decreto-Lei, a descodificação da matéria se dá, definitivamente, com o advento da Lei 5.726/71<sup>9</sup>.

Apesar de redefinir as condutas criminalizadas e modificar o rito processual, a Lei 5.726/71 não trouxe diferenciação punitiva a usuário e traficante. O legislador preserva os estereótipos de usuário como dependente e do traficante como delinqüente, mas o apenamento permanece o mesmo, previsto pelo parágrafo com a

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.13 -16.

<sup>8</sup> "Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 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.)

<sup>9</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p.136 – 145.

redação de que “nas mesmas penas incorre quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. O processo de alteração do modelo repressivo, com diferenciação da pena a usuário e traficante, vai ser consolidado em 1976, com a Lei 6.368<sup>10</sup>.

Com a publicação da Lei 6.368/76, o Estado instaura inovação na política criminal ao romper com a lógica da lei anterior e seguir as orientações dos países centrais refletidas nos acordos internacionais, diferenciando o tratamento punitivo entre porte e comércio de drogas ilícitas.<sup>11</sup>

Embora houvesse a diferenciação, o estatuto trouxe o aprofundamento da repressão, evidenciado pelas alterações das penas, com mais hipóteses de condutas criminalizadas, causas especiais de aumento de pena, majorante obrigatória em caso de tráfico internacional ou extraterritorialidade da lei penal, entre outros. O resultado foi um instrumento com hipóteses genéricas, que encontravam todas resposta punitiva legal na sanção prevista no artigo 12<sup>12</sup>, enquadrando todas as modalidades aí. O acusado acabava por ficar “nas mãos do juiz”, o qual dosaria a pena no caso concreto com base nas circunstâncias judiciais<sup>13</sup>. O porte para consumo próprio era previsto pelo artigo 16, que trazia como tipos penais as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo substância entorpecente para uso próprio, e a pena de cárcere e multa como punição.

---

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.17.

<sup>11</sup> *Idem.* p.25.

<sup>12</sup> “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.26.

A Lei 6368/76, mantendo a ideologia da diferenciação, consolida a imagem do traficante como inimigo interno do Estado e abre espaço para uma política criminal cada vez mais repressiva desta conduta, depois explicitada pelas majorações de pena ao sujeito deste delito. Da mesma forma, a Lei fortalece a posição sanitarista, da necessidade da prevenção, estabelecendo como dever de toda a sociedade colaborar com a repressão do consumo e comércio de drogas.

Neste tom alarmista do problema das drogas, o novo instrumento justifica a obrigatoriedade do tratamento médico por ser forma de prevenção de delitos. Traz a suposição de que, se não devidamente tratado, o dependente é potencial criminoso. É por esta razão, que o Estado abandona a idéia de voluntariedade no tratamento, tomando para si a decisão de aplicação da medida. Ademais, relaciona automaticamente “usuário” a “dependente”, podendo impor tratamento a quem dele não necessita, o que seria, segundo Salo de Carvalho, aplicação de medida de segurança atípica, independente da instauração do devido processo penal<sup>14</sup>.

No início da década de 90, já se debatia a defasagem da Lei de 1976 e a necessidade de reformulação integral do texto legal. O consenso pela reforma esbarrava na divergência de posicionamentos – seria a Lei de 1976 inócua, expondo a necessidade de alteração no pensamento político-criminal do Estado no sentido de apresentar medidas despenalizadoras e descriminalizantes? Ou seguir a tendência repressiva e incrementar a punitividade?

O texto em discussão entre os congressistas foi o denominado Projeto Murad, baseado em investigações da rede de tráfico de drogas existente na Amazônia. As conclusões da pesquisa foram trazidas ao Congresso e estes optaram em adaptar o texto original, fazendo-lhe algumas alterações, principalmente em relação ao porte para uso pessoal. O texto, que trazia novas condutas de delito, foi o esboço da Lei 10.409/02.<sup>15</sup>

A nova Lei 10.409 mantinha o porte para uso pessoal como delito<sup>16</sup>; a alteração foi no âmbito processual e pré-processual, que passou a ser estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/95), a qual destina-se a delitos de menor

---

<sup>14</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.25.

<sup>15</sup> *Idem.* p.59.

<sup>16</sup> “Art. 20: Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

potencial<sup>17</sup>. Assim, o porte para uso pessoal seguia rito diversificado, com alternativas pré-processuais, em uma clara pretensão de descarcerização da conduta. A medida, apesar de aprovada no âmbito legislativo, sofreu veto do Presidente da República referente aos delitos e às penas, vigendo para a parte processual apenas. Assim, a parte material regia-se pela antiga lei de 76 e a parte processual pela nova lei de 2002.

Salo de Carvalho critica:

A inadequação histórica da Lei 6368/76, após trinta anos de vigência, aliada ao processo de descodificação do direito penal, ocorrido durante a década de 90, com o advento de vários textos legislativos que afetaram direta ou indiretamente a política criminal de drogas, tornaram absolutamente complexo o sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas. Ainda, “a tentativa frustrada de renovação normativa em 2002 ratificou divergência dos mecanismos de criminalização primária e secundária e expuseram a dificuldade de desenvolvimento de uma política criminal de drogas coerente, seja ela proibicionista ou antiproibicionista<sup>18</sup>”.

Embora essas ações legais e administrativas e até a Lei 10409/02 expusessem de forma confusa a sua finalidade e seus instrumentos de prevenção e repressão, elas apresentaram elementos que criam uma condição interna favorável a uma reforma legal. O novo estatuto traz um esboço da teoria da diferenciação, que aparta o tratamento dispensado ao traficante e ao usuário<sup>19</sup>.

O comércio ilegal foi desdobrado em várias condutas típicas, com medidas e penas específicas e houve descarcerização do porte para uso pessoal, entretanto, a Lei manteve a base ideológica do proibicionismo, rejeitando modelos descriminalizadores e políticas públicas de redução de danos. O aumento da repressão ao comércio ilegal e a suavização da consequência penal ao usuário e dependente percebidos na Lei de 1976 guardam diferença em relação ao pensamento da Lei de 2002. A segunda afirma a importância de um tratamento penal punitivo atento tanto ao traficante quanto ao usuário- um é destinatário de penas severas, alta repressão; o usuário tem a patologização da sua conduta, com penas e medidas nesse sentido. As diferenças não são suficientes para a mudança ideológica do sistema, que continua a ser proibicionista, mesmo com o exemplo

---

<sup>17</sup> “Art. 20 (...) par. 1º: O agente de delito previsto nos arts. 19 e 20, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, será processado e julgado na forma do art. 60 e seguintes da Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais – Parte Criminal.”

<sup>18</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.67.

<sup>19</sup> *Idem.* p.68-70.



global da disfuncionalidade do uso desta política. Mesmo em relação ao porte, em que há mudança processual, mantém-se a criminalização em detrimento a políticas de redução de danos sustentadas por países europeus.

Em resposta à extensa celeuma causada pela edição da Lei 10409/02, que ao contrário de suprir as lacunas existentes na legislação específica da matéria, criou dúvidas acerca da interpretação das normas, entra em vigor a Lei 11.343/06.

## 1.2 A NOVA LEI DE DROGAS: 11.343/2006

A Lei 11.343/06 surge como o instrumento necessário para fazer cessar a insegurança provocada pelas leis 6.368/76 e 10.409/02, com a pretensão declarada de normatizar de forma mais clara a questão das drogas, dando a impressão de avanço no pensamento político criminal do Estado. Várias figuras típicas da lei anterior foram mantidas, mas a Nova Lei de Drogas também criou figuras penais<sup>20</sup>. A questão da repressão das condutas ligadas às drogas retoma as previsões da Lei 6.368/76, e sofre ampliação com mais condutas tipificadas e majoração das penas<sup>21</sup>.

A categorização dos crimes a partir da Constituição de 1988 mostra que as condutas previstas na Lei de Drogas, notadamente o comércio ilegal e o porte para uso próprio, oscilam entre o máximo e mínimo da resposta penal. Desde a publicação do texto constitucional, observa-se a equiparação do comércio ilegal de entorpecentes aos crimes hediondos, enquanto o porte de drogas para consumo, na vigência da Lei 6368/76, assumia, com o advento da Lei 9099/95, característica de crime de médio potencial ofensivo, sendo possibilitada a suspensão condicional do processo. A partir da Lei 10.259/01<sup>22</sup>, com a chancela da jurisprudência e

---

<sup>20</sup> LAZARINI, Pedro. **Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas**. São Paulo: Primeira Impressão, 2009. p. 1675.

<sup>21</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.25.

<sup>22</sup> Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. “Art. 1º: São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

posteriormente com as Leis 11.313/06<sup>23</sup> e 11343/06 em seu art. 48 § 1º<sup>24</sup>, ocorre sua inclusão formal e explícita no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, seguindo o processo nos Juizados Especiais Criminais, sendo possibilitada a transação penal pré-processual.

A Nova Lei de Drogas rompe com as anteriores por dar mais atenção à prevenção, apresentando, também, medidas de reinserção social de usuários ou dependentes de droga. As atividades de prevenção, atenção e reinserção são elaboradas com base em uma ideologia de diferenciação<sup>25</sup>, que diferencia o doente do delinqüente, sendo este primeiro o usuário e o segundo, o traficante. Esta opção da Lei reflete a Resolução 3 do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, em 2005, o qual aprovou a Política Nacional sobre Drogas e tinha em seus termos: “reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada”<sup>26</sup>.

Neste mesmo pensamento, outra cisão realizada pela nova legislação é entre as figuras de usuário e dependente. O usuário é o consumidor eventual, capaz de controlar o seu desejo de buscar ou não a droga, enquanto o dependente é um doente, como desejo invencível de consumir, com tendências a aumentar a dose e ser capaz de obtê-la a qualquer custo, com utilização de quaisquer meios, inclusive ilícitos<sup>27</sup>. A diferenciação, entretanto, finda por ser apenas conceitual, afinal em momento nenhum se percebe no estatuto diferenciação ao tratamento oferecido a ambos. Segundo entendimento doutrinário:

---

<sup>23</sup> Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. “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, respeitadas as regras de conexão e continência”.

<sup>24</sup> “Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

<sup>25</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010. p.2.

<sup>26</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.24.

<sup>27</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.3.

Embora perceba-se um alarde midiático sobre as vantagens de se distinguir o usuário do dependente, acredita-se que ela não traz maiores benefícios, seja ao considerado usuário, seja ao considerado dependente. Explica-se: não que não exista a necessidade de um olhar diferente para cada situação; contudo, a separação acabou sendo esvaziada, haja vista que tanto o usuário como o dependente ficam sujeitos à vala comum dos afetados pelo sistema penal e na falta de critérios para se responder de forma individual ao problema concreto<sup>28</sup>

### 1.2.1 A Previsão do Porte para Uso Próprio na Lei 11.343/06:

O artigo que traz a conduta destinatária deste trabalho é o 28 da Nova Lei:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

§ 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

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

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

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

---

<sup>28</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.4.

I - admoestação verbal;

II - multa.”

A conduta prevista neste artigo 28 era antes descrita pelo artigo 16 da Lei 6.368/76, que trazia como núcleos do tipo as condutas de *adquirir, guardar ou trazer consigo*, para uso próprio, substância entorpecente capaz de causar dependência física ou psíquica.

### 1.2.1.1 Núcleo do tipo e seus elementos normativos.

No novo instrumento adentram no rol das condutas criminalizadas as hipóteses de *ter em depósito e transportar*, além daquelas já previstas na lei anterior: *adquirir, guardar ou trazer consigo*. O parágrafo primeiro ainda traz a incriminação das condutas de *semear, cultivar e colher* plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância capaz de causar dependência.

A primeira conduta do tipo (adquirir) trata-se de caráter instantâneo, consuma-se com a obtenção, mas não se prolonga no tempo. As outras podem ser verificadas enquanto a droga está na posse do agente, sendo maior a possibilidade de flagrante, enquadrando-se como tipos permanentes<sup>29</sup>. Guilherme Nucci afirma que o uso não consta como conduta incriminada, apenas a posse. Assim, se “alguém for surpreendido usando a droga (ex.: cocaína já injetada na veia), sem possibilidade de se encontrar a substância em seu poder, não pode ser punido.”<sup>30</sup>

Mantém-se a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal legal ou regulamentar”, de forma que se, por algum motivo, a posse for autorizada por autoridade competente, torna-se fato atípico. É um elemento normativo do tipo<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.44-45.

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 343.

<sup>31</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.45.

O parágrafo primeiro disciplina as condutas de semear, cultivar ou colher, para uso próprio, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, as quais suscitavam dúvidas na lei anterior, que silenciava sobre o tema. A questão dividia-se em três posicionamentos: a) delito do artigo 12, §1º, II - que criminaliza as condutas de semear, cultivar e colher, mas não fazia menção à destinação para consumo próprio, sendo punido por este artigo; b) delito do artigo 12, §1º, II, mas punido com pena do artigo 16, por analogia e c) fato atípico, portanto não punível. O novo instrumento equipara essas condutas às previstas no *caput* do artigo, estabelecendo mesmo apenamento e pondo fim à confusão acerca do assunto<sup>32</sup>.

#### 1.2.1.2. Elemento Subjetivo.

O dolo é o elemento subjetivo do tipo. A conduta só é crime quando há intenção do agente em praticar a conduta, não há previsão de punição para a forma culposa. Além do dolo, exige-se uma finalidade especial do agente, que é destinar essa substância para consumo pessoal. Segundo Luiz Flávio Gomes, este é o chamado *dolo específico* na doutrina italiana ou *elemento subjetivo do injusto* na doutrina alemã; é um requisito subjetivo especial<sup>33</sup>. Carlos Roberto Bacila afirma que não há que se falar em dolo específico, afinal o dolo é somente um, caracterizado pela “vontade de realizar o tipo objetivo”. Segundo ele, a intenção de destinar a droga para consumo próprio trata-se de *elemento subjetivo do tipo diverso do dolo*, e, em razão da necessidade desses dois elementos subjetivos para a configuração do delito, classifica o tipo como de congruência assimétrica, por haver excesso de subjetividade no tipo objetivo<sup>34</sup>. Em não havendo este segundo elemento volitivo, a conduta contempla o tipo do artigo 33 da Nova Lei, sendo outra a infração, mais grave, com pena maior.

---

<sup>32</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.161.

<sup>33</sup> *Idem.* p.151.

<sup>34</sup> <sup>34</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.47.

### 1.2.1.3. Objeto material e jurídico.

O objeto material são as drogas, definidas, no artigo 66 da Nova Lei, como “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial”. Trata-se de norma penal em branco e, portanto, dependente de complemento, o qual deve definir o quais substâncias encaixam-se no conceito de *drogas*<sup>35</sup>. O ato normativo que traz essa regulamentação é a Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, conforme artigo 66 desta Lei.

O objeto jurídico tutelado é a saúde pública. Justamente com relação a este aspecto surgem discussões acerca do real grau de ofensividade desta conduta ao bem que se deseja proteger, como veremos a seguir.

### 1.2.1.4. Critérios para definição da conduta do artigo 28.

Seria uma norma extrapenal, pois, embora esteja inserida na Lei, será definido pelo juiz criminal se a conduta é de consumo ou de tráfico<sup>36</sup>. Para definir se a droga destina-se a consumo pessoal e, conseqüentemente, se o sujeito incorre no delito do artigo 28 ou no do artigo 33, o parágrafo segundo traz como critérios de definição a natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se verificou o fato, e as condições sociais e pessoais, além da conduta e antecedentes do agente. A definição, portanto, só se dá com o caso concreto. O juiz ou a autoridade policial devem motivar o enquadramento em um ou outro delito com base nesses critérios. Ressalta Nucci que o termo “circunstâncias sociais e pessoais” não pode ser entendido de forma a discriminar o sujeito, relacionando-o com condições econômicas<sup>37</sup>. A intenção do legislador foi permitir análise ampla do caso concreto.

---

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 343

<sup>36</sup> *Idem.* p. 351.

<sup>37</sup> *Idem.* p. 349.

A consumação do delito se dá com a realização das condutas descritas, não importando o resultado. Assim, mesmo que o bem jurídico protegido pela Lei não tenha sido lesado, configura-se o delito, afinal trata-se de tipo de perigo abstrato. O perigo do dano é bastante para preencher a hipótese legal<sup>38</sup>. Em relação à tentativa, é possível do ponto de vista fático. O agente pode tentar adquirir a droga para consumo pessoal e não obter êxito. Entretanto, a doutrina é no sentido de que esta conduta não merece resposta punitiva, seria “exagerada antecipação de tutela legal<sup>39</sup>”. Ademais, o tipo tentado deve ter sanção ainda menor que a do tipo consumado, que, neste caso, já tem tratamento penal brando.

### 1.2.2 Das Penas

Os movimentos internacionais de reformas do sistema punitivo trazem a crise da pena privativa de liberdade. Esse pensamento tem por base princípios de dignidade, proporcionalidade, individualização, pessoalidade. A nossa Constituição, à luz desse pensamento, trouxe alternativas ao cárcere. A pena restritiva de direito foi inserida no sistema penal pela Lei 9714/98. Na Lei 11343/06 em seu art. 28, II, a pena de prestação de serviços à comunidade é um exemplo dessa espécie de pena. De forma inovadora, aqui as penas restritivas de direito passam a ter natureza autônoma, e não substitutiva como sempre foram tratadas pelo ordenamento jurídico<sup>40</sup>.

A Lei oferece ao usuário uma resposta punitiva diferenciada, amenizada e de forma a possibilitar o acesso a tratamento devido.

---

<sup>38</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.50.

<sup>39</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.153.

<sup>40</sup> LAZARINI, Pedro. *Op.cit.* 2009. p. 1678.

### 1.2.2.1 Advertência sobre os efeitos das drogas.

A advertência está prevista no inciso I do artigo em questão. Será realizada pelo Juiz e deve constar em termo. O Magistrado tem de designar audiência específica, em que o réu será advertido sobre os malefícios causados pela droga na sua saúde e na de terceiros. Esta audiência se dá nos moldes da audiência admonitória de concessão de *sursis*.<sup>41</sup>

Carlos Roberto Bacila afirma que a pena de advertência tem a finalidade de explicitar para os usuários os efeitos negativos das drogas, os quais muitas vezes não são percebidos, tais quais estigmatização da sociedade, danos à saúde e problemas de autocrítica (capacidade de aprender com os próprios erros e prosperar)<sup>42</sup>.

Importante ressaltar que trata-se de uma sanção legal, portanto a advertência é jurídica, não podendo o Juiz fazê-la com base em convicções morais, religiosas, etc<sup>43</sup>.

### 1.2.2.2. Prestação de serviços à Comunidade.

Esta espécie de pena tem previsão no artigo 46, do Código Penal, como substitutiva às condenações por pena privativa de liberdade superiores a seis meses. Na Lei 11343/06, entretanto, trata-se de pena independente<sup>44</sup>.

Por determinação do mesmo artigo 46 do Código Penal, em seus parágrafos 1º, 2º e 3º, a pena consiste em atribuições de tarefas gratuitas destinadas a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, de acordo com as aptidões do

---

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 347.

<sup>42</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.52-63.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.156.

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 347.



condenado, ao período de uma hora de atividade por dia de condenação, não podendo prejudicar a jornada normal de trabalho. No caso do usuário condenado a essa pena, a Nova Lei determina, no artigo 28 p5º, que as atividades devem ser prestadas em estabelecimentos “sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”.

Diferentemente da previsão do Código Penal, na Lei 11.343/06, o descumprimento da medida não converte a pena em privativa de liberdade, afinal esta última não é prevista no caso da conduta de porte para uso pessoal. As conseqüências pelo descumprimento estão no parágrafo 6º, incisos I e II do artigo 28, da Lei em questão.

O tempo máximo da pena é de cinco meses; em caso de reincidência o tempo de cumprimento passa para o máximo de 10 meses<sup>45</sup>. O tempo não pode ser diminuído com o cumprimento de mais de uma hora por dia, afinal o Código Penal só permite essa possibilidade a pena superior a um ano, o que não ocorre no caso do porte para consumo próprio, nem mesmo com a reincidência. Há a alternativa de substituir esta pena por medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, podendo reduzir o tempo de cumprimento<sup>46</sup>.

### *1.2.2.3. Medida Educativa de Comparecimento a programa ou curso educativo.*

Nova modalidade de pena, não prevista no Código Penal. A Lei não traz definição da execução da pena, cabendo ao Juiz determinar as formas de cumprimento; se este não o fizer, o Juiz das Execuções terá de fazê-lo<sup>47</sup>. Segundo Nucci, há que se fazer analogia desta pena com a de prestação de serviços à comunidade, em respeito ao princípio da legalidade<sup>48</sup>. A frequência da participação depende do caráter da estrutura estabelecida pelo curso.

---

<sup>45</sup> Art.28, p. 3º e 4º, Lei 11.343/06.

<sup>46</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.64.

<sup>47</sup> Lei 9.099/95 (...) “Art. 86: A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei”.

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 348.

Salo de Carvalho assim define a nova medida:

“A Nova Lei 11343/06, em paralelo à previsão de medidas de segurança aos inimputáveis em decorrência da dependência ou intoxicação fortuita (art. 45 usque 47), ao determinar as sanções cabíveis às condutas relativas ao porte para uso pessoal de drogas, estabeleceu nova espécie de medida: medida educativa (art.28, III), que consiste na freqüência a programa ou curso educativo. O caráter reabilitador e terapêutico na medida educativa associado à associação prevalente do direito penal das drogas entre usuário e dependente, cria na legislação pátria espécie atípica de medida, híbrido de medida de segurança e medida socioeducativa, aplicada ao imputável incurso nas condutas do art. 28, caput, da Lei 11343/06”.<sup>49</sup>

O tempo de cumprimento obedece aos mesmos prazos da pena de prestação de serviços à comunidade: cinco meses é o tempo máximo e dez meses em caso de reincidência, conforme artigo 28, p.3º e 4º, da Lei de Drogas.

#### 1.2.2.4. Admoestação verbal e multa.

Como meios de coerção ao cumprimento das penas previstas nos incisos I a III do artigo 28, estão previstas as penas de admoestação verbal e multa, no parágrafo 6º, I e II do artigo.

Como, geralmente, as penas restritivas de direito tem caráter substitutivo em relação às penas privativas de liberdade, em caso de descumprimento das primeiras, o juiz as converte em prisão. No caso da Lei 11.343/06, a pena de prisão não é prevista em hipótese alguma, nem mesmo em caso do não cumprimento das penas previstas nos incisos I, II e III do artigo 28. Para estes casos, no parágrafo 6º do artigo em questão, há previsão de *admoestação verbal e multa*, sucessivamente, como garantia do cumprimento<sup>50</sup>.

O termo *sucessivamente* explicita que deve o juiz, como primeira alternativa, marcar audiência em que admoestará verbalmente o condenado. Não é necessário reduzi-la a termo, trata-se de ato solene, em que o juiz conversará com o condenado, persuadindo-o a cumprir devidamente a pena. Somente depois de

---

<sup>49</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.280.

<sup>50</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.68.

aplicada esta medida, em não tendo efeito, o juiz pode determinar multa ao condenado<sup>51</sup>. O termo *sucessivamente* mostra que não é possível aplicar as duas medidas concomitantemente, assim como não pode inverter a ordem que traz a Lei<sup>52</sup>.

A audiência destinada à admoestação verbal é registrada em termo próprio, não se fazendo necessário reduzir a termo o que foi dito pelo juiz ao condenado. É uma censura à conduta do sujeito, que tem de ser dada com cautela de forma a não ofender o réu. A diferença entre a pena de advertência do inciso I do *caput* do artigo e a pena de admoestação verbal que aqui se trata é a sua finalidade, afinal na primeira o juiz alerta sobre os efeitos negativos das drogas, pretendo dissuadir o réu da conduta de consumir drogas; na segunda o alerta se dá em relação ao descumprimento da pena imposta, que neste caso dará ensejo à pena pecuniária<sup>53</sup>.

Alguns autores questionam a constitucionalidade da pena de admoestação verbal, assim com a de advertência, pelo seu caráter moralizador, que avança na esfera individual do sujeito em exercer sua autonomia de vontade. Essas penas – tanto alertando dos efeitos do uso, quanto das implicações do descumprimento das penas - trazem uma reprovação moral da conduta, indo de encontro com direitos fundamentais da Constituição<sup>54</sup>, demonstrando a timidez do Estado em optar pela descriminalização e aproximando nosso sistema penal de modelos repressivos, os quais têm fracassado internacionalmente.

A pena de multa não é prevista como pena autônoma, somente como meio de coerção ao cumprimento das penas previstas nos incisos I a III do artigo 28. Ela é estabelecida pelo artigo 29 da Lei, que a quantifica em um de mínimo quarenta e um máximo de cem dias multa, que deverão ser creditados na conta do Fundo Nacional Antidrogas. O critério para a fixação do número de dias-multa é a reprovabilidade da conduta. Fixado o número, ao juiz cabe determinar o valor de cada dia-multa, que pode variar de um trinta avos até três vezes o valor do maior salário mínimo, de acordo com a capacidade econômica do agente<sup>55</sup>.

Nucci critica a opção do legislador em abandonar a pena privativa de liberdade e passar a aplicar advertências, restrições de direitos e multas apenas.

---

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 351.

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.170.

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 351.

<sup>54</sup> Nesse sentido, Salo de Carvalho. (CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.282.)

<sup>55</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.172.

Segundo ele, a multa (que seria a última medida cabível) se estabelecida em patamar mínimo, será a opção do condenado que vai preferir-la às outras penas. Quando estabelecida em patamar máximo e a agente não tiver bens suficientes, o condenado vai acabar não sendo punido, pois a execução será impossível<sup>56</sup>. Os resultados, nestes casos, seriam inúteis, e as previsões inócuas<sup>57</sup>.

Cabe ressaltar que no Congresso Nacional tramita um Projeto de Lei, PLS 227/09, que traria de volta a pena privativa de liberdade (de seis meses a um ano de detenção) à conduta do porte ilegal de drogas para uso pessoal, de autoria do Senador Gérson Camata (PMDB-ES).<sup>58</sup>

#### 1.2.2.5. Aplicação Conjunta das penas.

As formas de aplicação das penas, curiosamente, antecedem a previsão destas, estando descritas no artigo 27: “As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.”

Assim, pode o Juiz decidir pela aplicação de uma das penas, duas delas ou aplicar as três cumulativamente. Essa decisão deve apoiar-se em critérios de culpabilidade, antecedentes e nos demais descritos no artigo 59 do Código Penal<sup>59</sup>.

60

---

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 351.

<sup>57</sup> Em sentido contrário, Carlos Roberto Bacila: “Embora não existam outros meios coercitivos para o cumprimento das medidas previstas em lei, pensamos que o legislador agiu bem ao desvincular da sanção do usuário a pena privativa de liberdade. A melhor forma de ação é aquela que é encontrada na liberdade e na voluntariedade da pessoa (...). Outra maneira de tratar do problema aplicando-se penas privativas de liberdade ou outros mecanismos de coação somente estigmatizaria o usuário ou dependente de drogas, em nada contribuindo para a sociedade.” (BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.69.)

<sup>58</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.45.

<sup>59</sup> Código Penal/1940 : “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

1 - as penas aplicáveis dentre as cominadas;”

<sup>60</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 342.

aplicação conjunta de duas ou três penas suscita divergência na doutrina acerca do tema. Na visão de Carlos Roberto Bacila, a opção legislativa é aceitável, pelo caráter “pedagógico e terapêutico” das medidas<sup>61</sup>.

Contrário é o posicionamento de Salo de Carvalho, o qual entende ser inconstitucional tal previsão. Em nossa legislação, o modelo punitivo centra-se fundamentalmente na aplicação isolada da pena privativa de liberdade ou cumulada da pena privativa de liberdade e multa, não facultando ao magistrado a execução conjunta ou autônoma de penas ou de penas e medidas. A opção da Lei revive o sistema duplo binário, revogado com a Reforma Penal de 1984, que aplicava cumulativamente pena e medida de segurança, afinal também aqui pode condenar o sujeito a pena retributiva por ofensa à saúde pública e ainda assim cominar medida educativa preventiva à autolesão. Trata-se de dupla incriminação por mesmo fato, indo de encontro ao princípio *ne bis in idem*. O Estado excede na resposta punitiva, por supor dupla periculosidade do sujeito, a social (a terceiros) e a individual (a si próprio); e mesmo cominando penas com intuits diferentes, quem as suporta é o mesmo sujeito. Trata-se de dupla incriminação por mesmo fato, indo de encontro ao princípio *ne bis in idem*<sup>62</sup>.

As penas, ainda, podem ser substituídas pelo Juiz, ouvidos o Ministério Público e o defensor. A pena de advertência, como cumprida em uma audiência, dificilmente será substituída. Não se fala em substituição para a pena de admoestação verbal e/ou multa<sup>63</sup>.

### 1.2.2.6 Tempo de Cumprimento e Reincidência.

Quanto ao tempo de pena se percebe a ausência de determinação de pena mínima, estando prevista apenas a máxima de 5 meses<sup>64</sup>. Novidade interessante trazida ao estatuto, afinal quem precisa da garantia é o réu, e não o Estado, que tem

---

<sup>61</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.64.

<sup>62</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.282.

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 342.

<sup>64</sup> “Art. 28 (...) § 3º: As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses”.

para si o poder de punir. O juiz, assim, não se vincula a uma quantidade mínima de pena, podendo estabelecer a punição no limite da garantia do cidadão<sup>65</sup>.

Em relação à reincidência, esta entra como qualificadora do delito<sup>66</sup>. Trata-se de reincidência específica neste caso, pois se refere apenas ao crime de porte de droga para consumo próprio. Se, em um período de 5 anos após transitada em julgado a sentença condenatória, o sujeito voltar a praticar o delito, o tempo de cumprimento das penas vai ao patamar máximo de dez meses. Nem mesmo no caso de reincidência é afastada a possibilidade de transação penal:

“É que a lei criou uma reincidência própria para os consumidores de drogas mandando aumentar o prazo máximo das penas alternativas de cinco para dez meses, menos a advertência, é claro. Sendo assim, sempre será cabível a transação penal, que tem por característica própria "não gerar reincidência". Portanto, o usuário surpreendido "n" vezes será "reincidente" tão somente para o aumento do prazo da medida alternativa aplicada e essa medida seguirá o rito do artigo 76 da lei 9099/95. Para outros efeitos penais, o usuário não será reincidente se obteve duas, três, "n", transações penais”<sup>67</sup>.

A reincidência já figura como agravante genérica no art. 61, I e 63<sup>68</sup> do Código Penal, o qual permite o aumento vinculado à pena-base conforme sistema de cominação; o limite seria aquele previsto abstratamente no tipo, no caso do art. 28 seriam mais 5 meses, no máximo. Esse é um exemplo de desproporcionalidade na lei em questão, afinal a reincidência como qualificadora para a conduta do porte para uso pessoal de drogas traz efeitos proporcionalmente mais penosos do que em qualquer outro delito previsto no sistema penal brasileiro<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.283.

<sup>66</sup> “Art. 28 (...) § 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”.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. **Novíssima lei de entorpecentes: observações práticas**. Jus Navigandi, Teresina, n. 1195, 9 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9023>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

<sup>68</sup> “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência;” e “Art. 63 - 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.”

<sup>69</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.283 – 284.

### 1.2.3 Descriminalização ou Despenalização?

A Lei 11343/06 trouxe uma discussão acerca do fenômeno ocorrido em relação à conduta de porte para uso próprio: a natureza da decisão político-criminal adotada no artigo 28 da Lei 11.343/06. Embora o STF já tenha se pronunciado sobre a questão, há divergência doutrinária acerca do tema.

A descriminalização é o processo no qual retira-se de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato deixa de ser crime. Luiz Flávio Gomes observa serem três as espécies de descriminalização: a) a conduta deixa de ser considerada crime, mas não sai do âmbito do Direito Penal – transforma-se em infração *sui generis*; é a chamada descriminalização formal; b) a conduta deixa de ser crime e passa para âmbito do Direito Civil ou Administrativo – não mais caracterizaria um ilícito penal; é a descriminalização penal e c) a conduta deixa de ser crime e não é mais considerada ilícito em nenhum ramo do Direito, é legalizada totalmente – trata-se da descriminalização substancial<sup>70</sup>.

No primeiro processo, o fato continua proibido, ilícito, mas perde a característica de criminoso. Embora permaneça revestido de ilicitude, a conduta “perde a etiqueta de crime”<sup>71</sup>. O fato mantém-se no ramo do Direito Penal como infração *sui generis*, uma vez que não constitui-se em crime, nem contravenção penal, nem ilícito civil ou administrativo. Não há que confundir-se com a descriminalização substancial, afinal não há legalização da conduta.

Esse é o posicionamento de Luiz Flávio Gomes sobre o tratamento dado ao porte de drogas para consumo pessoal na Nova Lei. Segundo o autor, a descriminalização formal e a despenalização são os fenômenos que integram o processo misto que explica o abandono da pena de prisão para a conduta:

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar

<sup>70</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.120.

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

que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas (houve um processo misto – mencionado por Davi A. Costa Silva)".<sup>72</sup>

Na sua visão, a Lei 11.343/06 não instituiu a legalização, mas aboliu o caráter criminoso do fato, tornando-o uma infração *sui generis*. O fundamento para tal entendimento é a Lei de Introdução ao Código Penal, que em seu artigo 1º caracteriza como crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção é a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente<sup>73</sup>. Não sendo mais cominada a pena de prisão para o porte com destinação de uso pessoal, a conduta não é mais "crime" em razão das penas que a ela são previstas. Nem mesmo pode ser considerada contravenção penal, para a qual também se prevê pena de prisão<sup>74</sup>. A infração configura-se como *sui generis* também por outro motivo: a possibilidade de várias transações penais no lapso de cinco anos, sendo a majoração do tempo de cumprimento a única consequência.

O jurista afirma ser "paradoxal" considerar crime um fato cuja punição é mais branda do que a de uma contravenção. Ainda, quem comete contravenção mais crime não é reincidente, e quem cometer a conduta do artigo 28 (que parece-lhe menos gravosa) mais crime é reincidente, afinal admite-se a conduta como crime. Seria abandonar o princípio da proporcionalidade no seu entendimento<sup>75</sup>.

A despenalização integra o processo a que se refere Luiz Flávio Gomes; caracteriza-se por amenizar a resposta punitiva, abolindo a pena de prisão e adotando medidas alternativas ao cárcere, tais como as que estão previstas na Nova Lei<sup>76</sup>.

A Professora Alice Bianchini tem posição mais radical, defendendo que a Lei 11.343/06 trouxe a idéia de *abolitio criminis*. A infração do artigo 28 passa a fazer parte do Direito Judicial Sancionador, saindo do Direito Penal. Afirma que, apesar de

---

<sup>72</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>>. Acesso em: 26 out. 2010.

<sup>73</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.121.

<sup>74</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2006.

<sup>75</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.133.

<sup>76</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2006.



estar a conduta inserida no capítulo “Dos crimes e das Penas”, a Lei fala em “medidas educativas” quando trata das conseqüências do delito, além de serem as sanções previstas sem “carga alitiva”, mostrando-se puramente educativas (a pena de prestação de serviço à sociedade tem caráter duplo: educativo e repressivo). Ademais, no caso de descumprimento da transação ou da sentença condenatória, as medidas cabíveis são admoestação verbal e multa. Segunda a autora, essa abrandamento das medidas impostas ao usuário “refoge da estrutura e da sistematização do Direito Penal”<sup>77</sup>.

Outro argumento funda-se na alternativa da transação penal, a qual não gera reincidência ou antecedentes e pode ser proposta mais de uma vez no lapso de cinco anos ao usuário, o que, normalmente, não é possível. Ressalta, ainda, que o fato de a sentença ser proferida por um juiz criminal não é razão bastante para incluir o fato no âmbito do Direito Penal, pois o magistrado não está impedido de tratar de questões cíveis, por exemplo (previsão na Lei 11.340/06)<sup>78 79</sup>.

Conclui que criou-se com a Nova Lei uma disciplina jurídica específica, distinta do Direito Penal, sendo a criminalização do uso incompatível com a idéia de redução de danos pretendida pela Lei. Seu entendimento, portanto, é que o uso de drogas fique “circunscrito ao âmbito do Direito Judicial Sancionador”<sup>80</sup>.

Salo de Carvalho tem posição diversa. O autor acredita ser a descriminalização legislativa a forma mais adequada de retirada de determinadas condutas da esfera do controle social formal. Essa forma se dá através de processos distintos: descriminalização legislativa em sentido estrito – é o *abolitio criminis*, se verifica a abrogação da lei; descriminalização de fato - quando a sociedade passa a aceitar uma conduta prevista, tolerar certos comportamentos criminalizados, não mais os considerando danosos e já não procurando o Sistema Penal em combate a estes, há uma adequação social, geralmente anterior à descriminalização legislativa. Um exemplo é a edição da Lei 11106/05 que, entre outras alterações, descriminalizou a conduta do adultério. A descriminalização parcial, substitutiva ou

---

<sup>77</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.135-139.

<sup>78</sup> Lei 11.340/06: “Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.”

<sup>79</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.136.

<sup>80</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.121.

setorial ocorre quando da transferência da infração penal para outro ramo do direito. A hipótese continua sendo ilícita, porém não mais no âmbito penal – como uma conduta que passa a ser considerada infração administrativa apenas. Ainda pode haver descriminalização parcial com alterações nos critérios de tipicidade, flexibilização das penas ou de sua execução, criação de regras diferenciadas de extinção de punibilidade, é a *reformatio legis in melius*<sup>81</sup>.

Distinguem-se os processos de legalização, descriminalização e despenalização: o primeiro é definido pela remoção de qualquer sanção, o comportamento passa a ser legal, não ensejando qualquer aplicação de pena, nem no campo penal, nem administrativo; o segundo é removido do âmbito do Direito Penal, com a opção de tratamento punitivo através do Direito Administrativo; e a despenalização é punir de outra forma os réus, que não com o processo e com a pena de prisão<sup>82</sup>.

No caso da Lei 11343/06, portanto, não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O tratamento dispensado à conduta não se insere em nenhum tipo de descriminalização. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas as sanções previstas, impedindo, mesmo em caso de reincidência, a pena de prisão.

Quanto às afirmações baseadas no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, há de se ressaltar que esta lei foi publicada à época da Constituição de 1937. A Constituição de 1988 inaugura novo conceito de delito, instituindo como conseqüências jurídicas também a perda de bens, a multa, prestações alternativas e a suspensão e interdição de direitos, além da privação e restrição de liberdade. Não há, portanto, sentido apoiar-se em leis ultrapassadas, dando-lhes maior peso que à Constituição, a qual trouxe rol exemplificativo apenas.

Não há que se condicionar a definição de crime à previsão da pena, e sim aos pressupostos legais formais. Um crime não perde esse caráter por não ser mais punido com a pena privativa da liberdade, ainda mais em tempos de crise desta.

---

<sup>81</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.109-113.

<sup>82</sup> “legalization is defined as the complete removal of sanctions, making a certain behaviour legal and applying no criminal or administrative penalty; decriminalization is defined as the removal of sanctions under the criminal law, with optional use of administrative sanctions; and depenalization is the decision in practice not to criminally penalize offenders, such as non-prosecution or non-arrest”. (HUGUES, Elizabeth Caitlin; STEVENS, Alex. **What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs**, 21 de julho de 2010. Oxford Journals, Volume 50, pág. 999-1022.)

Nesse sentido, a grande maioria da doutrina posiciona-se. O porte para uso pessoal foi alvo de despenalização com o abandono da pena de prisão e a previsão de alternativas ao cárcere, e não de descriminalização:

“A despenalização – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito, etc). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa.”<sup>83</sup>

A expressão “despenalização” é considerada imprópria por continuar a conduta sendo punida, ou seja, tem como consequência uma pena. Entretanto, considerando a despenalização como o fenômeno que faz abolir a pena de prisão, equiparando-a à descarcerização<sup>84</sup>, é este que explica a mudança de tratamento penal em relação ao porte de drogas para consumo pessoal.

Esse é o entendimento da Suprema Corte, que afirma não ter havido *aboltio criminis*. A ementa:

“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)<sup>85</sup>. 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

<sup>83</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.44.

<sup>84</sup> Expressão correta segundo Salo de Carvalho.

<sup>85</sup> Diverge Luis Flávio Gomes: “O fato de a própria lei ter intitulado o Capítulo III, do Título III, como ‘Dos Crimes e das Penas’ não impede a conclusão exposta (descriminalização formal) porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico. Ele também fala em crime de responsabilidade na Lei 1.079/50 e aí não existe nenhum crime”. (GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.). *Op.cit.* 2008. p.122.)

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>86</sup>

No voto, o Ministro comenta a posição de Flávio Gomes e afirma que considerar a conduta como infração *sui generis* traz conseqüências que ultrapassam a esfera acadêmica, refletindo em outros instrumentos:

A tese de que o fato passou a constituir infração penal *sui generis* implica sérias conseqüências, que estão longe de se restringirem à esfera puramente acadêmica.

De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), considera-se “ato infracional” apenas “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos “às normas da legislação especial” (CF/88, art.288, e CP, art. 27 – ECA, artigo 104), sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da Lei 11.343/06.

Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança – diversamente de um maior de 18 anos –, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma.

Isso para mencionar apenas uma das inúmeras conseqüências práticas, às quais se aliariam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*<sup>87</sup>.

Nem mesmo o entendimento do STF conseguiu pacificar a doutrina acerca do assunto, que ainda é centro de muitas discussões.

<sup>86</sup> STF, 1ª Turma, RE430105 QO/RJ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. p. 516-523.

<sup>87</sup> Rebate Luiz Flávio Gomes: “Esse argumento não pode prosperar. Enfocando-se o artigo 28 como infração penal *sui generis* vê-se que se trata de infração penal, logo nada impediria a incidência do ECA. Quando o ECA fala em crime ou contravenção devemos adotar interpretação extensiva e progressiva para hoje ler crime, contravenção ou infração penal.” (GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.). *Op.cit.* 2008. p.135).

## 2 A INSUSTENTABILIDADE DA INCRIMINAÇÃO

A legislação brasileira acerca das drogas sofreu forte influência das Convenções da Organização das Nações Unidas, das quais o país é signatário; hoje as diretrizes traçadas por essas convenções encontram-se incorporadas ao ordenamento jurídico nacional e o Brasil adota um sistema repressivo, comprometido com o combate ao tráfico, à reprovação do consumo e da demanda, utilizando-se, para este fim, da forma mais abrupta de controle, o controle penal.

Já na instituição das Ordenações Filipinas cogitava-se da reprovação do uso, porte e comércio de substâncias chamadas à época de “venenosas”. Não havia de fato criminalização da conduta. No Brasil, o Código de 1890 inaugura legislação sobre o assunto, prevendo pena de multa para aquele que expusesse ou ministrasse substâncias venenosas à pena de multa<sup>88</sup>. Um tratamento penal mais severo, com punição de pena de prisão para as condutas relacionadas às drogas, ocorreu alguns anos depois, devido à tendência internacional ao proibicionismo<sup>89</sup>.

Este proibicionismo, expresso pela criminalização de condutas como consumo e comércio, densifica-se, a nível global, a partir do século XX. A primeira ação internacional no sentido da proibição se deu com a promulgação da Convenção Internacional sobre o Ópio, em Haia em 23 de janeiro de 1912, a qual trazia em seu artigo 20 a determinação de estudo sobre a possibilidade da criminalização de ópio, morfina, cocaína e derivados<sup>90</sup>. No Brasil, nesta época, noticia-se que uma onda de toxicomania teria invadido o país; as notícias ganham maiores proporções com a fundação em São Paulo de um clube de toxicômanos, em 1915, nos moldes do que já havia em Paris<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.10-13.

<sup>89</sup> Maria Lúcia Karam define proibicionismo como “um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais, ainda que os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou perigo concreto de dano para terceiros”; tal conceito consta da obra tal.

<sup>90</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 3.

<sup>91</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 136

Sob a influência da Convenção, é editado no Brasil o Decreto 4.294/21, que revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890 e instituiu pena de prisão para quem vendesse, expusesse à venda ou ministrasse substâncias entorpecentes, citando expressamente a cocaína, o ópio e seus derivados. Em 1925 e 1931, respectivamente, a segunda Convenção Internacional sobre o Ópio e a Convenção de Genebra foram adotadas pela Liga das Nações e traziam mais restrições à produção, distribuição e consumo das substâncias entorpecentes<sup>92</sup>.

Nota-se a partir daí um aumento da repressão a essas e outras condutas ligadas às drogas, as quais passam a ser reprimidas pelo ordenamento jurídico. O Brasil passa a editar Decretos no sentido da repressão sobre vendedores e toxicômanos, os quais passaram a ocupar as cadeias e enfrentar os tribunais. O detalhamento de tais Decretos explicita a participação dos médicos na sua elaboração e o aumento do controle médico-sanitarista sobre a vida da população<sup>93</sup>.

Neste momento, o dependente passou a ser tratado como doente, a drogadição era doença compulsória, necessitando o sujeito de internação facultativa ou obrigatória, já que o tratamento domiciliar estava proibido. O término desse controle médico-social estava condicionado à cura, e só assim o sujeito poderia voltar ao convívio da sociedade. No Brasil, a legislação previa a pena de internação do infrator toxicômano, assim declarado por meio de laudo médico, em hospital designado para tratamento da dependência; medida que trazia igual estigmatização e exclusão do dependente<sup>94</sup>.

O Código de 1940 fez prevalecer a concepção médica do sujeito adicto, um doente que necessitava de tratamento ao invés da punição com o cárcere, ao mesmo tempo em que trazia a intensificação do controle penal sobre as drogas e a utilização cada vez maior do Direito Penal para a repressão de condutas relacionadas a elas<sup>95</sup>.

As Convenções Internacionais, apesar de representar avanço na ideologia proibicionista, não traziam ainda a imposição da criminalização das condutas. A Convenção Única de Entorpecentes de 1961 traz a criminalização, inclusive dos atos

---

<sup>92</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 3.

<sup>93</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 138.

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

<sup>95</sup> PEDRINHA, Roberta Duboc. *Op.cit.*

preparatórios, das condutas relacionadas às substâncias proibidas; essas substâncias foram descritas nas quatro listas anexas ao texto da Convenção<sup>96</sup>.

Em 1964, com a promulgação deste dispositivo no Brasil, o país ingressa definitivamente na concepção mundial de combate às drogas e de adoção de um sistema repressivo, proibicionista.

## 2.1 OS ESTEREÓTIPOS DA CRIMINALIZAÇÃO

Nesta atmosfera de repressão, percebe-se a manutenção do modelo sanitário já descrito, um modelo médico-jurídico que traz um duplo discurso sobre a droga. Com base neste discurso ético-jurídico e a relação médico-sanitário-jurídico (drogas como patologia) surge, segundo Salo de Carvalho, a ideologia da diferenciação, distinguindo o usuário e o traficante como o doente e o delinqüente, respectivamente:

Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de 50, que difunde o estereótipo da dependência<sup>97</sup>.

O usuário relaciona-se com o dependente, aquele “seduzido” pela droga, que precisa de tratamento segundo a ideologia sanitária da época. O traficante é corruptor da sociedade, delinqüente, um criminoso que merece forte resposta punitiva do Direito Penal.

Em razão do fenômeno de “demonização” das drogas, na década de 70, as agências de controle do mundo todo firmam campanha para a adoção de uma política ainda mais repressiva. Com isso, há um rompimento com o discurso de diferenciação entre usuário e comerciante. No Brasil, o Decreto-lei 159/67 iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou

---

<sup>96</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 3.

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.15.

psíquica e o Decreto-lei 385/68 modifica o art. 281 do Código Penal e criminaliza o usuário, submetendo-o à mesma pena imposta ao traficante<sup>98</sup>.

Trazendo, em linhas gerais, as mesmas idéias da Convenção de 1961 sobre a criminalização, é ratificada por mais de cem países a *Convenção Única sobre Estupefacientes* e o *Convênio sobre substâncias psicotrópicas*, em Viena em 1971. A não redução dos índices de uso e comércio das drogas fizeram com que os países, principalmente os EUA, passassem a tratá-las como inimigas da nação, responsabilizando países marginais pelo consumo interno das substâncias ilícitas. Na época o Presidente Nixon elegeu a heroína como principal “inimiga interna” da nação como forma de justificar o modelo repressivo adotado. O “inimigo externo” seriam os produtores e traficantes latino-americanos, os responsáveis pelo flagelo que as drogas traziam à juventude norte-americana. Esse discurso trouxe graves conseqüências ao Brasil, rota de passagem do comércio internacional de drogas. Em razão desta responsabilização por parte dos norte-americanos, o país inseriu-se em uma política de carcerização, violência, repressão, que repercutiu nos modelos posteriores. Além disso, a adoção de um sistema alheio às questões sociais, provocou situações de guerras internas, destruição de culturas, desconsideração de costumes<sup>99</sup>. Um exemplo foi a perseguição aos povos andinos, em razão da proibição da folha de coca, a qual fazia parte da cultura deste povo<sup>100</sup>.

A edição da Lei 5.726/71 alterou novamente o artigo 281 do Código Penal. O dependente não era mais considerado criminoso, porém o usuário continuava a ser punido como o traficante, afinal a Lei previa mesmo apenamento para ambos. O que a legislação trouxe como novidade foi a previsão de medida de segurança para a “recuperação do infrator viciado”, a qual consistia em internação para tratamento psiquiátrico determinada pelo juiz. No reconhecimento de recuperação completa, poderia ser declarada a extinção da punibilidade. A diferenciação aqui deu-se entre dependente e traficante, afinal um sofria medida de segurança e o outro sofria pena de prisão, voltando ao discurso médico-jurídico que traça os estereótipos de usuário-dependente/doente e traficante-delinquente<sup>101</sup>. A imposição de tratamento sem que o sujeito tenha cometido crime mostra faceta perversa da Lei, refletindo a visão do

---

<sup>98</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.17.

<sup>99</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 138.

<sup>100</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.20.

<sup>101</sup> PEDRINHA, Roberta Duboc. *Op.cit.*.



adicto como ser desprovido de vontade, que enseja intervenção do Estado em sua vida privada.

Com a Lei 6368/76 manteve-se o discurso com a já tradicional distinção entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Este discurso adentra no plano da segurança pública e o traficante passa a ser visto como o inimigo a ser combatido, justificando o aumento da repressão à conduta de tráfico<sup>102</sup>.

A criação do delito autônomo de porte de entorpecentes para uso próprio (art. 16), diferenciando-o de tráfico, constituiu um marco na mudança de rumos da política de drogas no Brasil, embora ainda tenha mantido a imposição de pena ou tratamento para o sujeito que incorresse na conduta.

Criam-se os “binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão”, fazendo surgir a idéia de que todos são responsáveis pela prevenção e repressão do consumo e comércio de drogas. Outra associação que faz a Lei é “dependência-delito”, pois traz como finalidade do tratamento dispensado aos dependentes, a prevenção da prática do delito. É como se o adicto fosse um criminoso em potencial, o qual, sem a intervenção do Estado, vai adentrar no mundo do crime. Assim, abandona-se a idéia de voluntariedade no tratamento, transformando-o em medida policialesca<sup>103</sup>.

Ao aumentar a esfera de intervenção do Estado e relacionar o sistema de saúde como meio de prevenir delitos, preocupa a possibilidade de pressupor o usuário como um provável dependente, submetendo-o (indevidamente) a tratamento.

A Organização das Nações Unidas, mesmo com o fracasso das políticas proibicionistas, promulga, em 1988, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), que traz o aprofundamento das tendências repressivas, travando uma “guerra” contra as drogas<sup>104</sup>. Esse instrumento, internalizado pelo Brasil em 1991, relaciona a questão das drogas às organizações criminosas ligadas ao tráfico. As principais ações estabelecidas pelo documento eram o “combate às organizações de traficantes, por

---

<sup>102</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.19-21.

<sup>103</sup> *Idem.* p. 23-27.

<sup>104</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 4.

meio da cooperação internacional; criação de instrumentos investigatórios cada vez mais intrusivos e sofisticados; criminalização da lavagem de dinheiro; e confisco dos ativos financeiros”<sup>105</sup>. Essas recomendações seriam usadas nas leis especiais editadas no Brasil nos anos seguintes.

No XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste em 1974, aponta-se o tema da descriminalização. A questão era voltada para delitos de baixo potencial ofensivo e no sentido de “limpar” o ordenamento jurídico de padrões morais. A crise causada pela inflação legislativa, os custos do proibicionismo e a ineficácia das políticas repressoras abriu espaço para a discussão de uma mudança de enfoque das políticas criminais<sup>106</sup>. Além dos custos e do aumento do consumo e comércio de drogas, a política de “guerra” às drogas fez proliferar violências, doenças relativas ao consumo das drogas e discriminação dos mais vulneráveis. O Brasil, na década de 90, e em praticamente toda a América Latina, passou a identificar o sujeito de acordo com o estrato social do qual fazia parte: se o consumidor era habitante de favela, seguramente havia cometido ou iria cometer um delito; se, porém, pertencia a classes mais altas, era um doente necessitado de tratamento<sup>107</sup>.

Essas propostas descriminalizantes inauguraram o debate para desenvolvimento das chamadas Políticas Criminais Alternativas. As Constituições contemporâneas à época também vão no sentido de proteger direitos fundamentais, os quais era esquecidos pelo punitivismo, permitindo mudança das antigas interpretações e explicitando a necessidade de um processo penal atento aos valores constitucionais.

Com o advento da Constituição de 1988 criaram-se os Juizados Especiais Criminais (JEC's), que foram posteriormente regulamentados pela Lei n. 9.099/95. Eles trouxeram alternativas à pena de prisão e apresentaram novos institutos despenalizadores, inaugurando nova perspectiva na aplicação do Direito Penal, mais atenta à criminologia moderna. À conduta de porte de droga para consumo próprio passou a ser aplicável o *sursis*, a suspensão condicional do processo, instituto que não gera reincidência e permite a extinção da punibilidade após o cumprimento integral das condições determinadas.

---

<sup>105</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 156.

<sup>106</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.90.

<sup>107</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 153.

Além disso, os princípios garantidos por Declarações Internacionais de Direitos são, nesta época, positivados pela Constituição democrática, que traz outras garantias para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O fracasso das políticas repressivas e as garantias constitucionais dão impulso aos discursos antiproibicionistas. As políticas de redução de danos passam a ser experimentadas por diversos países na busca de solução para o aumento do consumo e da difusão de doenças relacionadas às drogas, conforme veremos adiante.

Neste contexto, embora ainda sob influência das Convenções da ONU no sentido da repressão, é editada a Lei 11.343/06. Ela traz a despenalização da conduta de posse para uso pessoal; em contrapartida há um incremento na repressão à conduta de tráfico ilícito de entorpecentes. A diferenciação entre o usuário e o comerciante resulta em tratar as condutas com, respectivamente, o mínimo e o máximo da resposta penal.

Nota-se, com o advento da Nova Lei, uma política criminal que evolui no tratamento dispensado ao uso de entorpecentes, no sentido de reconhecer o fracasso do modelo repressivo em relação a essa conduta. É pouco, no entanto. A incriminação da conduta de porte de drogas para consumo pessoal viola princípios constitucionais, invadindo a esfera privada do usuário e desrespeitando sua autonomia. O modelo proibicionista aplicado à nossa legislação não apenas mostra-se ineficaz, como também configura desrespeito às garantias a que tanto lutamos para ter.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA CONDUTA DO ARTIGO 28

A teoria da insignificância, elaborada por Roxin em 1964, sustentava que nas infrações bagatelares não há necessidade de pena. Dependendo do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado não trata-se o fato como punível<sup>108</sup>. Luiz Flávio Gomes resume assim:

---

<sup>108</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 155.

“Ainda no plano dogmático, firmadas todas as premissas enunciadas, é certo que o professor Roxin trouxe para o âmbito do injusto penal uma grande novidade: a teoria da imputação objetiva, que está fundada em algumas regras básicas: (a) a conduta do agente deve ser valorada e só é penalmente relevante quando cria ou incrementa um risco proibido relevante; (b) o resultado só é penalmente relevante quando decorre do risco proibido criado (nexo de imputação); (c) o resultado deve fazer parte do âmbito de proteção da norma penal. Em síntese, o Direito penal só pode proibir riscos não permitidos. E o resultado deve ser imputado a esse risco.”  
109

Crime, portanto, não é a realização de um resultado (causalismo) apenas, assim como a vontade maliciosa (por si só) nem sempre significa um crime. A conduta deve ser valorada de acordo com os critérios da criação de risco, diminuição de risco, resultado imputável a esse risco etc.

Antes, o delito era caracterizado por aspectos meramente formais, sendo crime qualquer conduta prevista pelo Estado como tal, sem considerar qualquer perspectiva material, concreta. Com Roxin, a estrutura da tipicidade supera o formalismo, passando a considerar elementos como a significância do resultado e adequação social da conduta, analisando a efetiva ofensa ao bem jurídico e o seu grau de lesividade, assim ampliando hipóteses de amenização da resposta penal. Segundo Nucci:

Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como ultima ratio, no sistema punitivo, não se deva ocupar de bagatelas. Há várias decisões de Tribunais pátrios, absolvendo réus por considerar que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal<sup>110</sup>

O modelo de Roxin abre a possibilidade de que elementos como ilicitude e culpabilidade sejam analisados sob a consideração de outros valores substanciais, tais como o valor do resultado. O delito, antes configurado pela conduta que correspondia ao tipo, passa a ser caracterizado pela ofensa ao bem jurídico, ou seja, é a ação ou omissão que gera dano relevante àquilo que o ordenamento pretende proteger.

Essa alteração na determinação do delito, passando de um conceito estritamente objetivo para uma perspectiva de consideração de aspectos materiais e

<sup>109</sup> GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal antes e depois de Roxin**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2066, 26 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12370>>. Acesso em: 26 out. 2010

<sup>110</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.155.

subjetivos, coloca como motivação central do Direito Penal a proteção do bem jurídico contra dano relevante. Assim, as condutas que geram danos mínimos, insignificantes ao bem jurídico devem ser excluídas do tratamento penal por atipicidade material, afinal não haveria efetiva ofensa àquilo que se quer defender. Salo de Carvalho afirma resultarem atípicas “todas as condutas com baixo grau de lesividade, visto que é o bem jurídico, que determina o grau de incidência do tipo”.<sup>111</sup> Hans Welzel tratava as condutas com resultado pouco relevante como socialmente adequadas e Zaffaroni afirmava que, além da tipicidade legal, havia a tipicidade conglobante, e é nesse último tipo que se detectava a atipicidade (e a insignificância) no caso de não haver ofensa sequer grave ao bem jurídico<sup>112</sup>.

Sob este entendimento, a tendência doutrinária passa a ser de tratar como atípico o porte de pequena quantidade de droga, afinal a ínfima quantia não teria a potencialidade de causar dependência física ou psíquica no usuário ou causar dano real à saúde pública.

Luiz Flávio Gomes trata a conduta em questão como infração *sui generis*, conforme já exposto. Entretanto, tratando-se de quantidade ínfima de droga, defende a aplicação do princípio da insignificância sob a justificativa de exclusão da tipicidade material do fato. O princípio da insignificância consiste na não-responsabilização penal dos fatos em que a lesividade é mínima ou irrelevante. A insignificância pode ser em relação à conduta (a qual não é desaprovada) ou ao resultado (resultado mínimo). Ambos podem ensejar a aplicação do princípio<sup>113</sup>.

A conduta de ter a posse de quantidade ínfima de droga para consumo próprio pode ser moralmente condenável. Enseja, ainda, argumentação de que tal ação é nociva para o agente. Ora, o Direito não pode confundir-se com a moral, nem mesmo intervir na esfera das opções do indivíduo. Já no âmbito jurídico, não há que se falar em incriminação de conduta que não traz risco de lesividade ao bem jurídico objeto de proteção da Lei; sendo o perigo inexistente, resta atípica a conduta<sup>114</sup>.

Em relação ao crime de bagatela, como também é conhecida a infração à qual se reconhece o princípio da insignificância, Guilherme Nucci muda seu entendimento e passa a admitir a aplicação do princípio. A posição anterior de negar a possibilidade de crime bagatelar era em razão de a pena cominada ter sofrido

---

<sup>111</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.274.

<sup>112</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.49.

<sup>113</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2006.

<sup>114</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2007. p.49.

abrandamento, não mais havendo previsão de pena privativa de liberdade. Contudo, com base na dignidade da pessoa humana, o autor reconhece que não é cabível sanção aos atos que não lesam o bem jurídico tutelado, mesmo sendo branda a punição. Trata-se de fato atípico e, portanto, não punível<sup>115</sup>.

Precedentes anteriores à Lei 11343/06 já admitiam o princípio:

RESP - PENAL - ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - O crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão do bem juridicamente tutelado, que, por sua vez, sofre dano, ou perigo. Sem esse evento, o comportamento é penalmente irrelevante. No caso dos entorpecentes, a conduta é criminalizada porque repercute na saúde (usuário), ou interesse público (tráfico). Em sendo ínfima a quantidade encontrada (maconha) é, por si só, insuficiente para afetar o objeto jurídico.”<sup>116</sup>

“PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 0,25 G DE COCAÍNA.

IRRELEVÂNCIA PENAL.

- A apreensão de quantidade ínfima de droga - 0,25 g -, sem qualquer prova de tráfico, não tem repercussão penal, à mingua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância.

- Habeas-corpus concedido<sup>117</sup>

À luz da Nova Lei:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três. 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas -- - veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental

<sup>115</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 351.

<sup>116</sup> STJ, 6ª Turma, HC 7977. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. para Acórdão Min. Vicente Leal. Julgado em 25/03/99.

<sup>117</sup> STJ, 6ª Turma, RESP 164.861. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 03/12/98.

(art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar --- Lei n. 11.343/2006 --- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar. 9. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.<sup>118</sup>

A jurisprudência, no entanto, diverge quanto à questão. O fato de ser o crime do tipo de perigo *abstrato*, e ser o objeto desta proteção a saúde da coletividade, decisões ainda firmam entendimento de que o princípio não pode ser aplicado nestes casos. A Suprema Corte já reconheceu o princípio da insignificância na área penal<sup>119</sup>, mas sua posição clássica é no sentido de incriminar qualquer conduta ligada ao tráfico, posse e uso:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290, CPM). NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES RELACIONADOS A ENTORPECENTES. PRECEDENTES. INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. (...) 4. Habeas Corpus denegado e liminar cassada..<sup>120</sup>

Negar o princípio da insignificância e punir o réu caracterizaria associação desproporcional entre crime e castigo<sup>121</sup>. A aplicação deste princípio ainda encontra resistência em Tribunais pátrios em razão de ser a saúde pública o bem jurídico a ser defendido. Sendo de interesse abstrato e coletivo a saúde pública, relega-se a segundo plano a análise da potencialidade da droga em causar dependência, a autonomia do usuário e a falta de lesão relevante ao bem jurídico. O próprio tipo previsto na Lei 11343/06 determina a verificação da natureza

<sup>118</sup> STF, 2ª Turma, HC 92961-2/SP, Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 11/12/2007.

<sup>119</sup> STF, 2ª Turma, HC 77.003/PE, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 16/06/1998.

<sup>120</sup> STF, 1ª Turma, HC 91.759/MG, Rel. Min. Menezes Direito. Julgado em 09/10/2007.

<sup>121</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.63.

e quantidade da droga<sup>122</sup>, e em uma análise material da estrutura torna-se impositivo que se verifique a potencialidade da droga em causar dependência; somente assim é possível determinar ofensa ou não ao bem jurídico, punição ou não ao autor da conduta.

Com o pretexto de proteger a sociedade, coloca-se sob a incidência do Direito Penal o indivíduo que em nada fere a ordem social e que é responsável pela proteção de sua saúde privada. Em razão da supremacia do interesse público são cerceados os direitos individuais, submetendo o sujeito de direito a uma resposta punitiva descabida.

### 2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO

A manutenção da criminalização da conduta de posse para uso próprio da Lei 6.386/76 na Lei 11.343/06 sustenta-se em dois aspectos: a conduta representar *perigo abstrato* e ser a saúde pública o bem jurídico protegido. O perigo, portanto, é presumido, assim como o prejuízo à saúde. Para a tipificação do delito não faz-se necessária a configuração do dano: “Os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano”<sup>123</sup>

Com base em princípios da lesividade, da autonomia individual, da intimidade e da vida privada é possível questionar a constitucionalidade desta incriminação. Afinal, como identificar ofensa à saúde pública na conduta de alguém que, para consumo próprio apenas, tem consigo a substância? Como presumir a expansividade do ato de forma a afetar a saúde de terceiros? Não ofendendo o bem jurídico tutelado, não seria conduta atípica e, portanto, não punível? A aquisição de drogas para consumo pessoal em nada se relaciona a ofensa à saúde pública, visto que o sujeito está na sua esfera de direito, de decisões e não pode o Estado

---

<sup>122</sup> “Art. 28 (...) § 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.

<sup>123</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* 2010. p. 128.



“pretender proteger pessoas adultas contra suas próprias decisões, isto é, contra si mesmas, tratando-as e castigando-as como se fossem crianças indefesas”<sup>124</sup>.

Sob o discurso de defesa do interesse público, a criminalização da conduta e o tratamento punitivo dispensado ofendem a liberdade individual daquele que destina a droga para uso próprio apenas. Princípios constitucionais são desrespeitados sob justificativa de tutela de um bem jurídico que não é lesado com a conduta.

Mantendo a criminalização do porte para uso pessoal, a Lei 11.343/06 repete as violações ao princípio da lesividade (ou princípio da exigência de lesividade da conduta) já existentes na lei anterior, entrando em conflito com norma do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os quais trazem como premissas o respeito à liberdade individual e à vida privada, os quais também são garantidos pela Constituição. A exigência de afetação de um bem jurídico a que se refere o princípio da lesividade, diz respeito a bens jurídicos de terceiros, afinal o indivíduo tem o direito de dispor sobre sua própria saúde<sup>125</sup>.

Ainda, sendo o princípio da legalidade base do Estado de direito democrático assegura a liberdade individual como regra geral, e essa liberdade é absoluta enquanto o exercício do seu direito não causar dano ao direito de terceiros, assim a conduta de posse para consumo pessoal das drogas tidas como ilícitas não enseja perigo concreto, direto e imediato para terceiros, “são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais”.<sup>126</sup> O Estado não pode pretender intervir na vida privada do indivíduo enquanto este não afete concretamente direitos de terceiros.

O tratamento penal dado ao usuário pela Lei traz a idéia de que todo consumidor é um traficante em potencial, afinal pressupõe o dano à saúde pública, enquanto o usuário afeta apenas sua saúde individual. O porte de drogas para consumo próprio configura conduta autônoma (não vinculada ao tráfico) e dano próprio, diga-se autolesão, não justificando a preocupação legal de proteção à saúde

---

<sup>124</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.43.

<sup>125</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 29.

<sup>126</sup> KARAM, Maria Lúcia. **A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo.** BOLETIM DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, n. 167, out 2006, São Paulo-SP.

da sociedade. Considerando o princípio da ofensividade (art. 5º, XXXV, CR), questionável a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e seus correlatos incriminadores. Neste sentido, Salo de Carvalho:

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da Tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima<sup>127</sup>

É direito do indivíduo decidir sobre consumir ou não, dentro de sua esfera individual. A tutela da saúde pública como razão da criminalização do porte para uso pessoal constitui-se em pretexto para legitimar o discurso criminalizador, a opção proibicionista do legislador.

O abandono da pena de cárcere traz a idéia de mudança no pensamento político criminal, e alguns autores, como já expusemos aqui, consideram ter havido descriminalização desta conduta. São falsos avanços, afinal a manutenção do porte para consumo pessoal no âmbito do direito penal como conduta criminosa ignora direitos fundamentais e representa ofensa a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas<sup>128</sup>.

Da mesma forma, as condutas de quem, com a finalidade para uso próprio, prepara, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade da substância proibida, são privadas, e não podem ser objeto de qualquer intervenção do Estado<sup>129</sup>.

Nesse sentido da doutrina, também pronuncia-se a jurisprudência:

“PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME).

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de

<sup>127</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.270.

<sup>128</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 29 – 33.

<sup>129</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.* 2006.

elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgência punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas a autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. - Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos.

O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior – atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho.”<sup>130</sup>

A decisão traz a consideração, além dos princípios já expostos, da racionalidade e proporcionalidade, os quais não são respeitados no caso de condenação por um fato sem lesividade.

“1) PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO (CONDUTA “GUARDAR”). “CANNABIS SATIVA” APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. ART. 16 DA LEI 6.368/76. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE, HUMANIDADE E OFENSIVIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA (ART. 386, III, DO CPP).

Quanto ao delito de porte de entorpecente para uso próprio, o réu Messias negou que possuísse a substância (fl. 51 e v.). Houve apreensão, em sua residência, de três “baganas de cigarro” (auto de apreensão de fl. 15), cujo exame toxicológico, realizado por peritos oficiais, afirmou ser a substância cannabis sativa (fl. 25).

Segundo o entendimento do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, manifestado no julgamento da apelação-crime nº 70004802740, 5ª Câmara Criminal, o art. 16 da Lei 6.368/76, viola o princípio da lesividade, pois não há no tipo lesão a bem jurídico de outrem, e a auto-lesão é impunível. Conforme FERRAJOLI, citado no teor do referido acórdão, “ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas”. Portanto, não se justifica a intervenção do Direito Penal.”<sup>131</sup>

Ainda neste sentido, à luz da Nova Lei, precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, amplamente fundamentado em princípios constitucionais:

<sup>130</sup> TJRS, 5ª Câmara Criminal, AC 70004802740, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgado em 07/5/03.

<sup>131</sup> TJRS, 6ª Câmara Criminal, AC 70008952129, Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini. Julgado em 12/08/04.

“EMENTA: 1.- A traficante 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 indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os 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

(...) Assim, os elementos de prova produzidos nesta ação penal são suficientes, apenas e tão- somente, para afirmar que o recorrente estava portando 7,7g de cocaína para consumo próprio e que, em consequência, a sua conduta seria subsumível ao tipo do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006. Todavia, a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 5º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual. Como observa Saio de Carvalho, "a permanência da lógica bélica e sanitária nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo ao uso de entorpecentes é injustificável". O argumento de que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria inclusive a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência pelas elementares elegidas, que determinam expressamente o âmbito individualista da lesividade e proíbem o expansionismo desejado. Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, para a incidência da conduta que pretende criminalizar, exclusivamente aquela de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, "para consumo pessoal", drogas proibidas. O elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão "para consumo próprio", delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão. Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante "distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica.

Mas não é só. Não se olvide da violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral. Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade. Indubiosamente, "nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Com efeito, "a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais. (...). Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de

terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém.

Portanto, como a criminalização primária do porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, a conduta do recorrente, que portava cocaína para uso próprio, é atípica. POSTO ISSO, dou provimento ao recurso interposto por RONALDO LOPES, qualificado nos autos (fls. 08), para ABSOLVÊ-LO, forte no artigo 386, III do Código de Processo Penal.”<sup>132</sup>

O precedente expõe, de forma clara, a ofensa das garantias individuais com a incriminação do porte para uso pessoal. O Estado acaba por invadir a esfera individual do sujeito, violando sua intimidade e vida privada, além de tantos outros princípios constitucionais.

Sendo inconstitucional a proibição direta do porte para uso próprio, não pode, logo, a lei proibir indiretamente a conduta, criminalizando ações necessárias a quem for fazer uso, tais como adquirir, guardar, ter em depósito, etc.

### 2.3.1 A Decisão Argentina

Decisão proferida pela Corte Argentina segue o entendimento de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal representa violação de princípios constitucionais e, com base no artigo 19<sup>133</sup> da Constituição Nacional, deflagra a inconstitucionalidade do artigo que incrimina a conduta.

Acolhe os argumentos da defesa de que a sentença apelada “era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado<sup>134</sup>”; de que a quantidade de droga não permitia inferir a potencialidade de causar dependência física ou psíquica e “y menos aún podía afectar la pretendida salud pública<sup>135</sup>”.

<sup>132</sup> TJSP, 6ª Câmara Criminal, AC 01113563300000000. Rel. Des. José Henrique Rodrigues Torres. Julgado em 31/03/08.

<sup>133</sup> “Artículo 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni ni perjudiquen a um tercero, están sólo reservadas a Dios, y extensas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de La Nación será obligado a hacer lo que no manda La ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>134</sup> Recurso de Hecho nº 891, XLIV. Arriola, Sebastián y otros s/ causa nº 9080. Julgamento em 25/08/2009, p. 5.

<sup>135</sup> Recurso de Hecho nº 891, (...) p. 5.

Em todo o voto há referência a casos anteriores, em especial a dois, aos quais foram dadas decisões contrárias. No precedente “Montalvo” a decisão foi no sentido de dar como correta a opção pela criminalização da conduta, enquanto no caso “Bazterrica” a decisão foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade da incriminação da posse para uso pessoal. O próprio Ministro reconhece que a questão enseja dúvidas em razão de não ter a Corte Argentina um posicionamento claro:

“la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en "Colavini" (Fallos: 300:254) se pronunció a favor de la criminalización; em "Bazterrica" y "Capalbo", se apartó de tal doctrina (Fallos: 308:1392); y en 1990, en "Montalvo" vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal. (Fallos: 313:1333).”<sup>136</sup>

Há de ressaltar, como assim o faz o Ministro, que as decisões são anteriores à Reforma Constitucional de 1994 pela qual passou o país, e as normas aplicadas a estas decisões podem ter-se alterado com o decurso do tempo e mudanças das circunstâncias legais. O caso “Montalvo” traz a idéia da época de que a incriminação da conduta era o modo de combater as atividades vinculadas ao tráfico de entorpecentes. Entretanto, pesquisas e estudos realizados nesta década deflagram o fracasso da política proibicionista e do sistema repressivo em relação às drogas, afinal mostram o aumento do consumo de drogas e a colocação da Argentina como um dos países de trânsito e produção de substâncias ilícitas.

Além disso, a Reforma de 1994 trouxe o reconhecimento da importância da proteção dos direitos humanos, seguindo a tendência dos tratados internacionais, os quais cada vez mais difundiam a defesa de direitos e garantias fundamentais. Entre os princípios, estava “el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”<sup>137</sup>, que relaciona-se diretamente ao caso.

No voto, há a afirmação de que, em muitos casos, os usuários de drogas, especialmente quando tornam-se dependentes, são vítimas do problema. Dar uma resposta punitiva do Estado a estes sujeitos seria uma revitimização.

---

<sup>136</sup> Recurso de Hecho nº 891, (...) p. 8.

<sup>137</sup> Recurso de Hecho nº 891, (...) p.16.

Ainda ao encontro da inconstitucionalidade da incriminação está a proibição de invocar a “ordem pública” e o “bem comum” como meios de suprimir um direito garantido constitucionalmente. Por fim, a conduta não ofende o bem jurídico tutelado, ou seja, a saúde pública e não causa dano a direito de terceiro.

Com base nessas considerações, a Corte Argentina declara a inconstitucionalidade do artigo em questão:

esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.<sup>138</sup> (...) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. En estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros.<sup>139</sup>

Seguindo o entendimento da Corte Argentina, o México descriminalizou (legislativamente) em 2009 a conduta de posse de drogas para consumo pessoal (limitando a quantidade de 500 mg para cocaína ou 5 gramas para maconha). Nesse sentido, há anos a conduta já foi descriminalizada no Uruguai, Colômbia, Peru e Costa Rica<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Recurso de Hecho nº 891, (...) p. 24.

<sup>139</sup> Recurso de Hecho nº 891, (...) p. 86.

<sup>140</sup> BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.* 2010. p.43.

### 3 DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS E POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

A nova lei brasileira em matéria de drogas – Lei 11.343/06 – repete a ideologia proibicionista das legislações anteriores, mantendo-se sob o pensamento incriminador das Convenções da ONU, das quais o Brasil, e quase todos os demais países, é signatário. Apesar da despenalização da conduta de porte para consumo próprio, conserva a intervenção penal sobre esta e as demais condutas, adotando modelo repressor em relação à produção, distribuição e consumo de drogas, indiferente à inegável violação a direitos fundamentais do indivíduo, princípios constitucionais e demais garantias assentadas nas Declarações Internacionais de Direitos<sup>141</sup>.

O caráter repressor da “guerra” às drogas, apoiado no discurso de interdição total das substâncias e uso do aparato penal como meio de coerção, são características do proibicionismo extremo. Esse proibicionismo, ao eleger como foco a repressão às drogas, baseou-se em premissas morais de reprovação da conduta e acabou esquecendo a proteção à saúde pública, objeto de tutela da Lei. Em 1974, no *XI Congresso Internacional de Direito Penal*, realizado em Budapeste, adota-se um discurso de descriminalização. Surgem propostas de adoção de estratégias descriminalizantes, minimização da incidência do sistema penal, ampliando o discurso à mudança de enfoque das políticas criminais. Teorias críticas da criminologia expõem problemas do modelo proibicionista adotado, como o custo social e econômico da criminalização, a confusão entre direito e moral e a necessidade de racionalização das normas proibitivas e do uso do processo criminal.

#### 3.1 A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

A Criminologia Crítica passa a realizar estudos dos processos de criminalização (ou descriminalização) das drogas, passando a dirigir as pesquisas

---

<sup>141</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.* 2006.



criminológicas no sentido de uma política de redução de danos, tirando do foco a investigação do indivíduo-delinquente e as formas de repressão das condutas consideradas desviantes<sup>142</sup>. A redefinição das estratégias de atuação, tanto nas esferas normativas, como judiciárias e executivas, acabou por dar impulso ao desenvolvimento de inúmeras correntes político-criminais, intituladas Políticas Criminais Alternativas. Essas políticas estudavam formas de solucionar problemas como o alto custo da criminalização, a estigmatização dos usuários e a ineficácia das políticas utilizadas até então.

A guerra internacional contra as drogas declarada pelos EUA dirigiu suas armas e repressão não para dentro de suas próprias fronteiras, mas em direção aos países da América Latina, em razão da produção destes. Um problema interno cuja responsabilidade é “jogada” aos países latinoamericanos. Após mais de 25 anos desta política bélica de altos investimentos e “muito derramamento de sangue, em sua maioria sangue latinoamericano”<sup>143</sup>, o que se vê é o crescimento do consumo e comércio das substâncias, além da disseminação de doenças relativas às drogas.

Ao analisar a realidade concreta da década de 80 e 90, o uso, a produção e a traficância das substâncias ilícitas só aumentavam, assim como os danos à saúde pública devido ao uso cada vez maior de drogas, sem controle sanitário e prevenção adequados. Os Estados Unidos, ignorando esta realidade, mantém o discurso repressor, com defesa do cárcere como melhor solução e justificam seus fracassos com o discurso de demonização da droga, a qual tem o poder de arruinar famílias, destruir vidas, e por isso a necessidade de ser punida com repressão extrema, ignorando as falhas deste sistema.

A inflação legislativa em matéria penal, devido a necessidade de respostas e adequação à demanda criminalizadora, passa a fomentar discussões acerca de alteração da estratégia de combate às drogas. A Criminologia Crítica apresenta movimentos de política criminal alternativa, que trazem o discurso da descriminalização, alinhadas com a idéia de abolicionismo e intervenção mínima do Direito Penal<sup>144</sup>. Independente do debate sobre a possibilidade e a viabilidade de propostas mais radicais (como a extinção do direito penal), esses movimentos abrem

---

<sup>142</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.90-95.

<sup>143</sup> ALVES, Marcelo Mayora. **Direito Penal das drogas e Constituição: em busca de caminhos antiproibicionistas**. Disponível em [www.garantismopenal.com.br](http://www.garantismopenal.com.br) > Acesso em 10/10/2010.

<sup>144</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.105.

espaço para a discussão de alternativas de contração do sistema penal e substituição das instituições carcerárias. A descriminalização das condutas aparece como meio de neutralizar o comércio ilegal e reduzir o número de crimes.

Surgem estratégias para redução de danos produzidos pela criminalização. Ademais, a Constituição de 1988 positivou direitos fundamentais do indivíduo e trouxe uma perspectiva de interpretação do Direito Penal com base nessas garantias. O operador do Direito pôde identificar a possibilidade de uma nova interpretação das leis com base nesses princípios constitucionais.

Essa perspectiva garantista transferida ao direito penal serve de contenção aos excessos punitivos do Estado, limitando o uso desmedido do sistema penal. Dessa forma, há espaço para nascer uma política focada na redução de danos causados pelos processos incriminadores.

Cresce o discurso antiproibicionista ao mesmo tempo em que se evidenciam os fracassos da política repressiva. Os benefícios da proibição penal às drogas são praticamente nulos. “É muito difícil alcançar qualquer tipo de sucesso na repressão de uma criminalidade que conta com a concordância da vítima.”<sup>145</sup> A mão-de-obra é inesgotável, visto que, preso um traficante, outro ocupa o seu lugar. Além disso, a imagem do traficante assume status positivo em certas circunstâncias, o qual sente-se poderoso ao desafiar a polícia e o Estado<sup>146</sup>.

Após décadas de controle estatal rígido, o Mercado só cresce, assim como a demanda. Crescem os problemas de saúde e a criminalidade, superlotando as instituições carcerárias (escolas do crime). Os legisladores brasileiros não ignoraram os debates acerca da insustentabilidade da criminalização das drogas. O projeto de Lei 4.591/94 do Senado demonstrava o objetivo de implementar importantes mudanças com relação ao eixo criminalizador dado à Lei 6.368/76. Proposição do CONFEN – Conselho Federal de Enfermagem expõe o desenvolvimento de projetos que expõe os elevados custos da criminalização das drogas<sup>147</sup>.

A Lei 11.343/06, contudo, apesar de despenalizar a conduta de porte para consumo próprio, segue na rota proibicionista, mostrando novamente a opção por modelos punitivos moralizadores, com base nas Convenções da ONU. A conduta permanece crime. A Nova Lei, repetindo dispositivos da lei anterior, repete,

---

<sup>145</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Op.cit.* 2008. p.112.

<sup>146</sup> ALVES, Marcelo Mayora. *Op. Cit.*

<sup>147</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.161.

igualmente, as violações a princípios e normas já expostas, reproduzindo as diretrizes proibicionistas das convenções internacionais.

O argumento contrário à descriminalização é o receio de um aumento exponencial das drogas, fugindo do Estado o controle dos delitos cometidos em razão delas e das doenças por elas causadas. Ora, o tráfico de entorpecentes é a conduta para a qual são previstas as maiores penas, sendo apontado como a principal causa da violência relacionada às drogas. O mesmo só existe porque o mercado é ilegal. Pela análise desta política repressiva de décadas pode-se depreender que os danos mais nefastos relativos às drogas não são causados por elas e sim pela opção de proibi-las. O proibicionismo é responsável pela expansão do poder punitivo, que estigmatiza pessoas, comportamentos, substâncias. A violência é fomentada pelo próprio Estado, afinal ela só adquire essas grandes proporções em razão da ilegalidade.

As atividades de produção e comércio das substâncias ilícitas existem porque há demanda de consumo; são, portanto, atividades econômicas que não diferem, em sua natureza, de qualquer outra<sup>148</sup>. A criminalização destas atividades, inclusive do consumo, eleva os custos desta produção, afinal tornam-se necessárias despesas com a segurança exigida pela ilegalidade e o financiamento da corrupção de agentes estatais para manter o empreendimento na clandestinidade, a qual é beneficiada com o proibicionismo. Com isso, o produto é vendido por preço muito elevado, gerando maiores lucros e sendo chamariz aos marginalizados da sociedade, que vêem nessa atividade a possibilidade de ganhos financeiros e acumulação de capital, suprindo a falta de oportunidades dadas pelas atividades lícitas. O dinheiro auferido, ainda, é empregado no mercado de armas para a defesa do empreendimento contra as ações policiais. Outro fator é que o eventual sucesso do Estado na repressão de uma substância faz com que os produtores, fornecedores e consumidores busquem outra, trazendo ao mercado novos produtos, talvez mais nocivos, como o *crack*, no final da década de 80<sup>149</sup>.

Essas atividades não são violentas por si só, afinal equiparam-se às atividades econômicas em geral, não fosse pelo fato de serem proibidas. A violência, logo, é fruto da ilegalidade sob a qual são postos a produção, distribuição e consumo das drogas. Um exemplo brasileiro é a disputa ocorrida recentemente no

---

<sup>148</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 35.

<sup>149</sup> *Idem* p. 36.

mercado de bebidas, em que a fusão de duas empresas foi questionada por uma terceira, que também atuava no mercado. A questão foi resolvida sem violência, afinal as empresas puderam buscar o Judiciário para a solução. O mesmo não ocorreria se o mercado fosse o da cocaína, por exemplo. As substâncias não são essencialmente diferentes, afinal ambas são psicoativas, só que uma é proibida e a outra não. Com a proibição, o problema seria resolvido na clandestinidade, provavelmente com violência. Outro exemplo é a proibição do álcool nos EUA, que facilitou a atuação da máfia norte-americana; não por acaso, o fim da “Lei Seca” resultou na redução da violência do país. Não há que se ignorar o fato de que, com a criminalização do consumo, o usuário já adentra no mundo do crime, facilitando o “rompimento de barreiras íntimas inibidoras da prática de condutas ilícitas”<sup>150</sup>.

O traficante é eleito o inimigo do Estado e da ordem. São condenados pela sociedade até mesmo por explorar os usuários, em razão do vício destes. Ora, se o comportamento dos comerciantes de bebidas em relação aos alcoólatras não é recriminado porque esta o seria? Em uma sociedade capitalista, a busca pelo lucro é da sua essência, porque esperar que no mercado das drogas pensaria-se no bem estar dos seus consumidores em detrimento do ganho que poderiam ter? Pensam assim os banqueiros ao conceder empréstimos a juros abusivos para quem está com dificuldades financeiras? Essa estigmatização do traficante faz com que as ações violentas contra eles através dos agentes de repressão sejam moralmente aceitas pela sociedade; tratando-os com violência, não há que se esperar que eles ajam de outra forma para defender seu negócio. Respondem à esse estereótipo empunhando armas, envolvendo-se em disputas por territórios, desafiando a polícia e o Estado, única maneira de sentirem-se respeitados, importantes.

A proteção da saúde pública, que fundamentaria toda essa repressão e a opção pela criminalização das drogas, é lesada pela própria criminalização, afinal não admite-se um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo, nem mesmo seu uso medicinal. A demonização da droga faz com que a simples referência ao assunto seja proibida, dificultando a informação e a assistência<sup>151</sup>. Os jovens que vivem o problema não procuram seus familiares ou educadores em razão

---

<sup>150</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p.42.

<sup>151</sup> FRANÇA, Alexandre Miguel. **O mito das drogas: periódicos jurídicos e história das idéias referidas à criminalização**. Rio de Janeiro, 2010.

de estarem incorrendo em um crime, e mesmo os adultos se envergonham em procurar ajuda; serão reprovados, taxados de delinqüentes. Além disso, a conduta tendo que ser escondida dá margem ao consumo descuidado, disseminador de doenças como a aids e a hepatite.

O discurso atemorizador que traz a generalização de que todas as drogas levam ao vício ou, pior, á morte, perde a credibilidade frente a alguém que já dela fez uso ou já conversou com alguém que já utilizou. Essa distorção leva a desconsideração de informações e alertas reais acerca dos danos que as drogas podem causar. Esse problema torna-se ainda maior pelo fato de que o consumo de drogas inicia, geralmente, na adolescência, fase em que os jovens buscam descobertas, e essa falta de diálogo coerente leva ao consumo descuidado.

E a ilegalidade parece funcionar como um incentivo ao uso, despertando curiosidade. Comparando a Holanda, em que o consumo da cannabis e seus derivados é tolerada nos coffe-shops, e os Estados Unidos, país que “encabeça” as políticas proibicionistas e os métodos de repressão às drogas, em uma pesquisa realizada pelo instituto europeu *Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction*, constatou-se que, no primeiro, cerca de 12% dos jovens entre 15 e 24 eram consumidores de drogas, enquanto no país norte-americano o percentual era de 27,9%<sup>152</sup>. Considerando, para fins de argumentação, que todas as drogas passassem a ser produzidas legalmente por laboratórios especializados e vendidas, também legalmente, por instituições específicas controladas pelo Estado, o Direito Penal preocuparia-se apenas com a venda indevida dos produtos, de forma clandestina, punindo comerciantes não autorizados, ou produtores ilegais, ainda a venda de produtos adulterados. Trataria-se de uma mudança legislativa, afinal, nestes casos, não há que se falar em ofensa à norma constitucional: “não há impedimento constitucional para que o Brasil adote, num futuro utópico, perspectiva radicalmente antiproibicionista”.<sup>153</sup>

Não podemos ignorar, ainda, a sistemática violação a princípios garantidos pela Constituição e por declarações internacionais de direitos fundamentais, tais como a exigência de lesividade, direito à liberdade individual, à intimidade, à vida privada e ainda a um processo justo, afinal os usuários e traficantes já chegam estigmatizados frente ao juízo. Defender essas garantias é proteger o Estado de

---

<sup>152</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 61.

<sup>153</sup> ALVES, Marcelo Mayora. *Op. Cit.*

direito democrático, sendo o primeiro passo contra o proibicionismo das drogas. Depois, faz-se necessária a legalização da produção, comércio e consumo, com regulamentação e controle sanitário de tais condutas. Serão cobrados os devidos impostos pelo comércio de tais substâncias, que, incorporados às finanças públicas, poderão financiar programas de prevenção e tratamento. O mercado lícito vai gerar oportunidades de trabalho - os quais já existem no mercado ilegal, mas os envolvidos na arriscada clandestinidade acabam pagando com a vida ou com a liberdade.

A próprio ONU, em 2005, divulgou relatório que explicitava um aumento no consumo de drogas de 8% em relação ao ano anterior, e que o lucro do mercado ilegal superava os produtos internos brutos de 90% dos países. Pretender um mundo livre das drogas é inviável, como ilustra Maria Lúcia Karam, equivale “à igualmente inútil e indesejável proposta de abstinência sexual como forma ideal de evitar doenças sexualmente transmissíveis ou uma gravidez indesejada.”<sup>154</sup>

A legalização não tem a pretensão de ser a solução para todos os problemas; o que procura-se, no entanto, é reduzir os danos causados pelas drogas através de uma política de regulamentação e controle das atividades ligadas às drogas. Essas atividades, atuando na clandestinidade, não sofrem limitações, gerando maiores danos à sociedade. Uma política de controle, responsabilidade civil dos produtores, determinação de áreas para consumo e instituições de tratamento propiciaria maior proteção à saúde pública e diminuiria drasticamente a violência e a corrupção vinculadas à ilegalidade.

### **3.1.1 A experiência portuguesa**

A política de drogas tem sido discutida no mundo todo e, frente ao fracasso do modelo proibicionista, a descriminalização tem aparecido como alternativa no pensamento de muitos juristas, doutrinadores e formadores de políticas públicas. O fenômeno de tirar as condutas relacionadas às drogas da incidência do Direito Penal

---

<sup>154</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Op.cit.*2009. p. 53.

e dirigí-las direto ao sistema de saúde aparece como forma de redução de danos causados pelas drogas.

Portugal é exemplo de uma nação que optou pela descriminalização do uso de entorpecentes em 2001. As altas taxas de consumo de drogas, especialmente a heroína, preocupavam o país nos anos 90. As políticas repressivas não mostravam-se eficazes e a descriminalização surge como caminho para baixar os índices do uso de drogas e das doenças a elas relacionadas. Isso em um país considerado conservador<sup>155</sup>. O caso português foi até mesmo comentado na mídia americana, repercutindo no pensamento de alguns formadores de opinião que passaram a considerar as políticas de redução de danos<sup>156</sup>; fato interessante por serem os Estados Unidos os mais ferrenhos defensores da política de repressão.

Segundo Glen Greenwald, autor do relatório acerca dos resultados da descriminalização para o instituto CATO dos EUA, a experiência foi bem sucedida, afirmando a queda no uso de drogas entre os jovens. Os dados portugueses do relatório foram comparados a outros países da União Européia.

A opção de Portugal foi a descriminalização do uso. O país ocupava o topo no consumo de drogas, com destaque ao uso de heroína. Uma grande parcela dos usuários de heroína obtinham a substância em mercados a “céu aberto”. O consumo descuidado de drogas injetáveis causavam problemas catastróficos de disseminação do HIV e hepatite, em razão do compartilhamento de seringas.

Em Portugal, nos anos 90, o problema das drogas foi tratado com o aumento da repressão sobre as condutas, levando às instituições carcerárias não apenas traficantes, mas também usuários de substâncias entorpecentes. O pânico causado na população impedia que os envolvidos com drogas buscassem ajuda do governo tanto para o tratamento da dependência quanto para o de doenças adquiridas através do uso como a Aids e a Hepatite. O número de usuários de drogas injetáveis infectados pelo vírus HIV, hepatite B e C e tuberculose entre 1990 e 1997 cresceu de 47 para 590, segundo o Instituto da Droga e Toxicodependência. Em 1999, Portugal ocupava o segundo lugar na União Européia como o país com o maior número de infectados pelo HIV entre os usuários de drogas injetáveis. As mortes relacionadas

---

<sup>155</sup> AMADERA, Gustavo. **A Experiência Portuguesa – Oito anos após a descriminalização das drogas**. Entrevista com Glen Greenwald (que elaborou um relatório sobre a experiência portuguesa para o Instituto CATO/EUA). Disponível em [www.comunidadessegura.com.br](http://www.comunidadessegura.com.br) > Acesso em 15/09/2010.

<sup>156</sup> Ibidem.

às doenças em função das drogas chegou ao pico de 369 neste mesmo ano. Com base nesses dados, o governo português concluiu que a criminalização era parte do problema, e não a solução.<sup>157</sup>

Nesse contexto, Portugal passou a estudar alternativas para combater o problema que havia se causado. Segundo o pesquisador, em razão de Portugal, assim como o Brasil e os EUA, ser um país em que a religião tem influência na cultura política, decidiu-se por retirar a discussão do âmbito político: “eles reuniram esse conselho de especialistas puramente apolíticos: médicos, psicólogos, doutores em política de drogas, um sociólogo.”<sup>158</sup> O debate não se deu em torno da política mais correta ou razoável, mas sim naquela capaz de reduzir os problemas advindos das drogas. A chamada Comissão para a Estratégia Nacional de Combate à Droga procurou uma política que aproximasse o governo dos usuários e transmitisse maiores informações acerca do assunto. As pesquisas foram no sentido da prevenção, redução de danos, tratamento e reintegração social dos consumidores. O resultado do debate de 18 meses foi a publicação de um relatório que apontava a descriminalização como a melhor forma de o Estado combater os altos índices de criminalidade e doenças. O Presidente de Portugal reuniu um conselho de ministros para a avaliação do relatório. A aprovação deu-se por unanimidade.

Houve certa resistência à medida. Sendo Portugal signatária de tratados internacionais que preconizam a proibição e repressão ao tráfico, por entenderem que essa atividade lesa a sociedade inteira, houve quem argumentasse que a descriminalização violaria esses tratados. O entendimento do Estado, no entanto, foi que a descriminalização difere da legalização, esta última sendo proibida. Ademais, o tráfico ainda é crime em Portugal, afinal a descriminalização atinge as condutas de compra e posse de drogas para uso pessoal pelo período de 10 dias.

Este período foi uma maneira de delimitar a quantidade destinada ao consumo próprio, ou seja, sem a possibilidade de distribuição para terceiros. Portanto o suficiente para, no máximo, dez dias, supõe-se que a destinação será para uso pessoal apenas<sup>159</sup>.

Importante ressaltar que a descriminalização não restringiu-se à maconha e seus derivados apenas, como se percebe em outros países. O pesquisador

---

<sup>157</sup> HUGUES, Elizabeth Hugues; STEVENS, Alex. *Op. cit.*

<sup>158</sup> AMADERA, Gustavo. *Op. Cit.*

<sup>159</sup> *Ibidem.*



ressalta que o principal problema do país era a heroína e que não vê motivo que justifique a manutenção da criminalização das outras substâncias entorpecentes: uma vez que você aceite que a descriminalização é o melhor caminho para controlar as drogas -, por que você iria excluir as drogas mais sérias dessa política?”.

Os defensores de políticas repressoras continuam a divulgar que em Portugal o uso de drogas é substancialmente maior que em outros países. A verdade é que o país sempre foi apontado como líder do consumo de drogas entre os países europeus e, analisando os números frios, o consumo aumentou porque algumas drogas sintéticas nem existiam em 2001. O que ocorre é que em comparação com outros países da Europa, em Portugal o uso dessas drogas teve um aumento muito menor. O mesmo ocorre com os danos delas advindos. Se o uso é maior, conseqüentemente as taxas da criminalidade serão mais altas, assim como as doenças sexualmente transmissíveis, em que também notou-se melhora. Entre os adolescentes, as taxas de consumo caíram desde 2001, dado crucial por ser este grupo etário o prognóstico do futuro.

O dinheiro antes utilizado para prender, processar, perseguir, investigar, pode com essa política ser destinado a campanhas de saúde, educação. Os custos com o aparato penal dirigido às drogas não mais são precisos, podendo ser investidos em informação, prevenção e tratamento dos jovens e demais usuários de entorpecentes.

Nas clínicas de tratamento da dependência trabalham médicos preparados para a redução de danos, de forma a acabar com o vício. A perspectiva é da diminuição do número de dependentes.

O principal argumento contra a descriminalização é que esta aceitação iria resultar no assustador aumento do uso das drogas, podendo transformar Portugal em um destino para o narcoturismo. Segundo Hugues, a hipótese de crescimento em razão da descriminalização foi desconfirmada no caso português; embora tenha havido aumento no consumo entre adultos - explicado até mesmo pelo surgimento de novas substâncias, a redução das mortes e infecções relativas ao uso e a diminuição no consumo entre os jovens é fato mais relevante<sup>160</sup>. Greenwald afirma que, mesmo as pessoas que não concordam com a política adotada, nem com o relatório por ele exposto, não ousam argumentar este temido aumento tenha

---

<sup>160</sup> HUGUES, Elizabeth Hugues; STEVENS, Alex. *Op. cit.*

ocorrido no país. Rebate, também, o argumento de que a proposta só funcionou em Portugal em razão de ser um país pequeno. Ora, se a pretensão fosse estender uma política dirigida a dezenas de pessoas para milhões delas, o argumento seria cabível. Mas se o processo de descriminalização funcionou para 10 milhões, o pesquisador não vê óbice em aplicá-lo a países maiores.

O pesquisador admite que a lógica que leva à descriminalização deveria se aplicar não apenas ao consumo, mas igualmente ao comércio. São os dois lados de uma mesma atividade, não tendo sentido criminalizar um lado e não o outro. Os impedimentos estão nos tratados internacionais dos quais o país é signatário. De qualquer forma, tirar os usuários da incidência da justiça criminal e da ameaça de prisão ou processo-crime já é um grande passo no sentido de uma política antiproibicionista, de redução de danos.

### 3.2 AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Na década de 80, acompanhando o aumento da venda e consumo de drogas, constatou-se uma epidemia da Aids e disseminação de outras doenças como Hepatite e Tuberculose no mundo todo em razão do compartilhamento de seringas pelos usuários de drogas injetáveis. Além disso, o uso, sendo escondido, se dava em locais sujos, insalubres, contribuindo para a contaminação.<sup>161</sup>

O problema fez que com que alguns países adotassem uma estratégia de redução de danos, desenvolvendo um programa de distribuição de seringas descartáveis afim de diminuir o risco dos usuários em contrair doenças infecto-contagiosas. Da clandestinidade decorre a falta de informação, a ausência na prestação pública de saúde, fatores que contribuem para o contágio. Partindo da premissa que os dependentes não vão deixar de usar as drogas pela falta de seringas novas, o programa é no sentido de evitar a disseminação das doenças relacionadas ao consumo.

Esses programas foram sendo ampliados e passaram a fazer parte das chamadas políticas de redução de danos, as quais reúnem diversas estratégias para

---

<sup>161</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 67

diminuir os prejuízos causados pelas drogas. Aliando juristas, médicos, sociólogos, entre outros profissionais e indivíduos que firmam posição por uma doutrina humanista, surge a pretensão de diminuir os danos conseqüentes das substâncias entorpecentes com prevenção, informação e tratamento, sem exigir a abstinência, acreditando que esta possa ser alcançada através destas medidas.

De origem anglo-saxã, a redução de danos é etapa secundária no combate aos prejuízos das substâncias psicoativas. A prevenção anterior ao contato com as drogas é o primeiro passo, através de informações, palestras, campanhas, com o objetivo de evitar o uso e a dependência. Àquele que já é usuário, então, aplicam-se essas estratégias de redução de danos para impedir o aumento do consumo, a passagem para drogas mais pesadas e a dependência física e psíquica. Ainda há uma terceira etapa, que busca atingir os usuários já dependentes, afim de orientá-los e propor-lhes tratamento, além de promover sua reintegração social.

Essas propostas surgem como alternativas ao modelo repressor, estabelecendo priorização da prevenção e tratamento, utilizando-se do controle médico-sanitário com foco na saúde pública e saúde individual do usuário. Admite, até mesmo, a coexistência com o proibicionismo, desde que esse seja flexibilizado de modo a aceitar a interferência médica-social.

As políticas de redução de risco falam, em lugar da abstinência, em moderação e controle do uso. Ainda, substituição de drogas mais perigosas por outras substâncias, acreditando que assim poderão livrar o usuário do consumo da droga em um certo prazo ou, pelo menos, reduzir ao máximo os prejuízos que esta conduta pode causar. Reconhecendo que os indivíduos não deixarão de consumir com a proibição, a atenção volta-se à saúde pública e à do usuário. São exemplos de medidas: campanhas de esclarecimento dos riscos a que estão submetidos os envolvidos com drogas; distribuição de seringas descartáveis; acesso a tratamento médico voluntário e programas de reinserção social e melhoria da qualidade de vida dos dependentes; substituição controlada de drogas mais pesadas por outras substâncias; criação de salas onde o consumo é permitido; entre outras.

Os países europeus figuram entre os primeiros a adotar os programas de distribuição de seringas, tendo, também, o Brasil, a Índia e a Tailândia promovido experiências neste sentido. A eficácia da medida está em combater a contaminação de doenças infectocontagiosas causada pelo compartilhamento de seringas, diminuindo o risco de epidemias.

No final da década de 60 surge a idéia das “narco-salas”, locais onde o consumo seria tolerado, naquela época ainda não oficial. Como política oficial, as salas de consumo nasceram na Suíça, tendo seguido o modelo a Alemanha e a Holanda em meados dos anos 90 e a Espanha, Austrália e Canadá a partir do ano de 2000. Apesar dos resultados satisfatórios e do argumento de proteção da saúde coletiva, a ONU entende que o projeto viola as convenções internacionais e constitui incentivo ao uso das substâncias.<sup>162</sup>

Outra medida, ainda mais criticada, é o tratamento da dependência através da substituição de substâncias ilícitas por outras lícitas ou menos perigosas, como no caso de substituir a heroína injetável pela metadona. O objetivo seria amenizar o risco da conduta e promover mais facilmente a desintoxicação – ou fornecendo ao usuário/paciente quantidade dosada de forma a controlar o perigo no comportamento e na saúde, ou reduzindo gradativamente a quantidade e promovendo a cessação do uso. A troca de uma droga mais pesada por outra mais “leve”, como cocaína por maconha, também segue nessa linha de diminuir os riscos ligados ao consumo reconhecendo que o usuário ainda não está preparado para largar a droga. A crítica à essa medida é com base no argumento de que o Estado estaria mantendo o vício dos dependentes. A finalidade sustentada pelos pensadores dessas estratégias é, no entanto, evitar o uso desmedido, descuidado e impedir que os usuários entrem em contato com o mercado ilícito e com o mundo do crime para financiar seu vício.

A substituição é voltada, prioritariamente, aos usuários de drogas mais fortes, em especial opiáceos. Mais radical é a prescrição da substância entorpecente, como a própria heroína, experiência em que o controle de qualidade e quantidade da droga objetiva a redução dos prejuízos advindos do seu consumo.<sup>163</sup>

Figuram, também, entre as políticas de redução de danos as campanhas informativas de prevenção e tratamento; programas voltados aos toxicômanos para recuperar sua auto-estima, qualidade de vida e promover sua ressocialização e preparo da rede de saúde para receber esses dependentes.

---

<sup>162</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 72

<sup>163</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010. p.177-184.

### 3.2.1 Experiências Positivas

Na Europa têm-se percebido, cada vez mais, a utilização de estratégias de redução de danos como alternativa ao modelo proibicionista. A Inglaterra iniciou com experiências dessa espécie em 1962, com a prescrição médica de opiáceos. Mais tarde, em 1985, Liverpool foi sede de uma experiência na então criada “Drug Dependency Clinic”, onde foram entregues, mediante prescrição, heroína, anfetaminas, cocaína e crack. A cidade tinha a mais alta taxa de dependentes de droga nos anos 80, especialmente em heroína. Esse programa, aliado a uma ação de distribuição de seringas descartáveis, promoveu a diminuição no índice de contaminação do HIV e de crimes cometidos em função da droga, figurando em 2006 como a região com o segundo menor índice de infectados pelo vírus HIV do país.<sup>164</sup>

A Holanda também aparece como pioneira em programas de redução de danos. Além do fornecimento de seringas descartáveis, realizou a distribuição de metadona em Amsterdã para substituição do uso de substâncias como a heroína. O país adotou uma política de tolerância do consumo de cannabis. Ainda, nas narco-salas, locais onde o consumo é permitido, é possível o uso de drogas injetáveis desde 1996. O fundamento desta medida é impedir que o uso se dê em locais públicos, que poderiam prejudicar a saúde de outrem, e proteger o usuário de um consumo anti-higiênico, disseminador de doenças.

A França inicia o combate ao problema com a prestação de serviços especializados no atendimento à dependência, apartados do sistema de saúde pública. Vencida a resistência inicial em flexibilizar a repressão e já tendo promovido experiências com uso de metadona e legalização da venda de seringas em 1973 e 1987, respectivamente, o país tem, em junho de 2004, a anuência do Ministério da Saúde para a promoção de medidas para redução de danos. Dentre as experiências estão a troca de seringas e a substituição de heroína por metadona e buprenorfina sob prescrição médica. Em agosto desse mesmo ano, um passo importante: edita-se uma lei que insere a política de redução de danos nas regulamentos de saúde do país.

---

<sup>164</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Op.cit.*2006. p. 74

A Suíça inaugura com a prescrição médica de heroína para dependentes e a criação de locais de consumo permitido de drogas em Zurique, no Platzpitz (Parque da Agulha) entre 1988 e 1992. O abandono da legislação repressiva permitiu a compra e venda de drogas nesse local, mesmo aquelas consideradas mais pesadas (heroína, cocaína). Apesar de bem sucedida, a experiência foi interrompida e o parque foi fechado, optando o governo suíço por uma política mais controlada, que traria menos impacto à comunidade. A Suíça investiu em programas neste sentido, chegando aos programas de substituição de substâncias e distribuição controlada de heroína aos viciados. Os resultados da aplicação dessa estratégia na Suíça demonstram efetiva redução nos prejuízos que a droga pode causar, afinal o número de jovens que usam drogas não aumentou, a marginalização dos dependentes diminuiu, com isso caíram também as taxas de criminalidade, e se pôde melhorar a qualidade de vida desses indivíduos.

A prevenção com base na substituição de substâncias consideradas mais perigosas por outras lícitas ou mais leves, em meados dos anos 90, já se aplicava todos os países europeus, com destaque para a Holanda e a Suíça, os mais avançados em suas experiências. A Alemanha, Espanha, Itália, Áustria e Luxemburgo também adotaram esse modelo. Mesmo naqueles países em que a influência proibicionista é acentuada - como a Grécia, Finlândia e Noruega - há aplicação de medidas nesse sentido. Mesmo nos EUA, país símbolo da repressão, existem estados que estão aderindo à política de redução de danos, como em Nova Iorque e Colúmbia.

No Brasil, a cidade de Santos - SP foi a sede do primeiro programa de distribuição de seringas e preservativos promovido pelo governo municipal e organizações não-governamentais. A epidemia de AIDS era uma realidade no início da década de 90 e as medidas foram com o objetivo de reduzir os índices de contaminação. O programa foi estendido a outras cidades, tendo o reconhecimento oficial como política pública apenas em 2002, com regulamentação em 2005 através da Portaria nº 1.028, expedida em 1º de julho. Entre as previsões de troca de seringas e fornecimento de preservativos, estava a distribuição de apetrechos necessários à aplicação das injeções, tais como recipiente descartável, hipoclorito de sódio para a diluição e material para limpeza do local da aplicação. O instrumento falava em divulgação de informações acerca de prevenção e tratamento; esclarecimento acerca do problema, com distribuição de material educativo e de

aconselhamento; acesso à assistência médica e social; e fornecimento de recursos para a defesa da saúde e prevenção de doenças relacionadas às drogas. A oferta de tratamento na rede pública de saúde também foi trazida pela portaria como direito do dependente. Intentava-se, com a política, alertar os usuários do risco do consumo de drogas e expor o perigo do compartilhamento de agulhas e seringas e outras formas de contaminação da AIDS e outras doenças.

Essa reflexão mais pragmática e humana do problema da droga tem tido resultados satisfatórios e apresenta-se como alternativa bem sucedida ao fracassado modelo proibicionista e repressivo. A crítica de que as medidas de redução de danos aumentariam o consumo e o vício perdem-se no paradoxo de que a própria repressão estimula o consumo e o comércio, além da disseminação de doenças pelo caráter arriscado de consumo clandestino, como têm-se verificado nessas décadas de proibição. pág. 78 O tratamento proposto pela estratégia antiproibicionista é marcado pela voluntariedade e não se confunde com o tratamento previsto como pena nas legislações, caso do Brasil. Esta pena de tratamento, além de autoritária, constitui um equívoco ao igualar usuários eventuais aos dependentes e equiparar todas as substâncias entorpecentes.

As soluções propostas geram polêmica e suscitam diversas discussões acerca da aplicabilidade de tais medidas; inegável, porém, o sucesso das ações e a necessidade de mudança do modelo repressor visto a sua ineficácia. As experiências de redução de danos vêm ao encontro da proteção do bem jurídico tutelado, a saúde pública, e já provaram que podem recuperar e salvar vidas.

## CONCLUSÃO

A Lei 11.343/06, apesar de trazer a despenalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, não mais admitindo pena de prisão, mantém a incriminação da conduta, conformando-se com o proibicionismo criminalizador proposto pelos norte-americanos e afirmado pelas convenções internacionais da ONU.

Feita a análise da construção histórica da criminalização das condutas relacionadas às drogas no Brasil e as influências internacionais por esta opção e exposto o modelo proibicionista adotado, as conseqüências dele advindas e a sua ineficácia em dar resposta à questão das drogas, conclui-se pela necessidade de uma mudança desta política de repressão. A violência, os danos à saúde e à sociedade, o sofrimento dos envolvidos com o problema não são causados pelo uso, produção e distribuição de substâncias entorpecentes, mas sim pela ilegalidade a qual é submetida este mercado.

Colocar sob a incidência do Direito Penal o mercado das drogas justifica-se por uma visão distorcida do problema, que, equivocadamente, relaciona consumo e dependência, pressupõe que o usuário é um potencial criminoso, vê a adicção como irreversível e cria a imagem do consumidor e fornecedor de drogas como inimigos da nação. A reprodução destas idéias à população faz nascer a estigmatização desses indivíduos, contra os quais se torna admissível a violência – tanto a física, através da repressão policial, como a violência caracterizada pela lesão a direitos e garantias fundamentais. A estratégia proibicionista funda-se em um discurso moralista, sob a alegação da necessidade de defesa da saúde pública; paradoxalmente, é a saúde pública a principal prejudicada com a proibição, pois a clandestinidade leva ao consumo descuidado e anti-higiênico; a demonização da droga dificulta a informação, resultando na disseminação de doenças, o que poderia ser evitado com aconselhamento médico; esta demonização transferida para as drogas, pressupondo a periculosidade de todas sem diferenciar efeitos ou quantidade a ser consumida, faz com que as informações acerca dos danos advindos do uso percam credibilidade e não alcancem os destinatários da mensagem.

A ineficácia do sistema proibicionista é flagrante por tudo exposto até aqui. A Criminologia Crítica inaugura um discurso descriminalizador e adoção de uma



política de redução de danos advindos das drogas, propondo-se a um controle das condutas através de estratégias de prevenção, elaborando campanhas informativas e de distribuição de preservativos e seringas descartáveis; de preparação do sistema de saúde para receber os adictos, concebendo a criação de instituições especializadas na matéria e de narco-salas, locais onde o consumo é permitido; e de tratamento, por meio de métodos de substituição de substâncias ilícitas por lícitas ou de drogas mais pesadas por outras consideradas mais leves; ainda a proposição, mais radical, da prescrição médica de drogas para dependentes.

Experiências feitas por países europeus mostram que essas políticas alternativas ao modelo repressor têm tido resultados satisfatórios no sentido de reduzir os danos e sofrimentos causados pelo uso, produção e distribuição das drogas. Inglaterra, Holanda, França e Suíça também implementaram estratégias neste sentido, flexibilizando a repressão ditada pelas convenções da ONU. A opção de Portugal pela descriminalização do uso pessoal de substâncias entorpecentes é responsável pela redução das mortes e infecções relativas ao uso e a diminuição no consumo entre os jovens, representando exemplo de política que deu certo.

A descriminalização do uso de drogas surge como estratégia capaz de minimizar os riscos da conduta, afinal o foco das políticas públicas sairia da repressão, voltando-se para o controle. Saindo da ilegalidade, o mercado das drogas equipara-se a qualquer outra atividade econômica, como o mercado de bebidas alcoólicas, por exemplo. Este controle impediria os abusos no preço de venda das drogas e submeteria os fornecedores a pagamento de impostos, os quais poderiam ser injetados no sistema de saúde para tratamento de dependentes. Ainda, evitaria o envolvimento dos consumidores com os perigos da clandestinidade. O dinheiro movimentado por este mercado não mais financiaria o mercado de armas, a corrupção, a violência. Os dependentes, assim o querendo, saberiam onde procurar aconselhamento e tratamento. O Direito Penal preocuparia-se apenas com o contrabando das substâncias, produção não autorizada, lavagem de dinheiro; atuaria da mesma forma que o faz no mercado do tabaco e de bebidas alcoólicas.

Mais do que uma resposta eficaz ao combate dos problemas relacionados às drogas, a descriminalização da posse para consumo próprio representa a adequação da lei à Constituição. O indivíduo não pode ser tolhido da sua liberdade de escolha – de utilizar ou não substâncias entorpecentes – quando não ofende direito alheio. Não pode o Estado incriminar o ato de alguém que faz uso da droga,

causando dano a si mesmo somente, sem falar em lesão à saúde pública, o bem jurídico tutelado pela lei.

Assim, é hora de despertar. A proibição da conduta não só é inútil, como representa ofensa a direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição e Declarações Internacionais de Direitos Humanos. O abandono da repressão com a adoção de medidas descriminalizantes, além de adequação da lei com a Constituição, representa a redução dos danos e sofrimentos causados pela problemática das drogas, trazendo perspectiva de melhoria de qualidade de vida não apenas aos envolvidos, como a toda sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo Mayora. **Direito Penal das drogas e Constituição: em busca de caminhos antiproibicionistas**. Disponível em [www.garantismopenal.com.br](http://www.garantismopenal.com.br) > Acesso em 10/10/2010.

AMADERA, Gustavo. **A Experiência Portuguesa – Oito anos após a descriminalização das drogas**. Entrevista com Glen Greenwald (que elaborou um relatório sobre a experiência portuguesa para o Instituto CATO/EUA – **Drug Decriminalization in Portugal** – lessons for creating fair and successful drug policies, Cato Institute, 2009). Disponível em [www.comunidadessegura.com.br](http://www.comunidadessegura.com.br) > Acesso em 15/09/2010.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5.ed. Rio de Janeiro. Lúmen Iuris, 2010.

FRANÇA, Alexandre Miguel. **O mito das drogas: periódicos jurídicos e história das idéias referidas à criminalização**. Rio de Janeiro, 2010.

GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). **Lei de drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>>. Acesso em: 26 out. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal antes e depois de Roxin**. Jus Navigandi, Teresina, n. 2066, 26 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12370>>. Acesso em: 26 out. 2010

HUGUES, Elizabeth Caitlin; STEVENS, Alex. **What can we learn from the Portuguese descriminalization of illicit drugs**, 21 de julho de 2010. Oxford Journals, Volume 50, pág. 999-1022

KARAM, Maria Lúcia. **A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo**. BOLETIM DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, n. 167, out 2006, São Paulo-SP.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009

LAZARINI, Pedro. **Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas**. São Paulo: Primeira Impressão, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. Novíssima lei de entorpecentes: observações práticas. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1195, 9 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9023>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em [www.conpedi.org.br/manaus](http://www.conpedi.org.br/manaus). Acesso em 08 nov 2010.

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