



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO**

RODRIGO FIDELIS FRANCO

DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES

**JUIZ DE FORA
2013**

RODRIGO FIDELIS FRANCO

DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Besnier Chiaini Villar

**JUIZ DE FORA
2013**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Roberto Espelina Franco

Aluno

Lei de descriminalização do uso de entorpecentes

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 29 / 06 / 2013.

“Dedico esta monografia aos meus pais que sempre que eu pensava em desistir, me davam forças para continuar, sendo pessoas especiais na minha vida e que me ensinaram muitas coisas. Uma delas foi que por mais que o caminho esteja difícil e doloroso, devo prosseguir, pois lá na frente quando esse caminho já estiver no final, olharei para trás e me sentirei vitorioso, obrigado por sempre estarem ao meu lado me dando forças. Amo vocês!”

AGRADECIMENTO

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Ao meu incansável pai, Joaquim Fidelis, pelo permanente incentivo aos estudos, minha herança mais preciosa.

À minha dedicada mãe, Sueli Azevedo, por ensinar todos os dias, sábias lições de amor e de fé na vida.

Aos meus incríveis irmãos, Cristiano, Leonardo e Priscila, pela amizade e o apoio recebido.

Aos meus “loucos” amigos Isaac Elias, Emanuel Mota, Bruno Barbosa, Pablo Carangola, Juliana da Costa, Franciane Gonzaga, Daniele Antonieto e Márcia Vasconcelos que tornaram meus horários fora do horário letivo algo para se lembrar a vida toda.

Ao detento André Luiz Braz, pois acredito em sua inocência e observei de perto os erros da justiça brasileira e aprendi que ela ainda tem muito que melhorar.

Ao amigo e professor Besnier Chiaini Villar pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

"Eu acredito demais na sorte. E tenho constatado que, quanto mais duro eu trabalho, mais sorte eu tenho."
Thomas Jefferson

RESUMO

A nova lei de drogas estabelece que usuários e dependentes de drogas devam receber tratamento diferenciado do que é dado aos traficantes no país. A nova lei tem como uma das principais alterações que quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, sem autorização legal, não poderá mais ser preso. O infrator estará sujeito a medidas educativas, aplicadas por juzizados especiais criminais. Para aqueles que são usuários ou dependentes, poderá haver advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e participação em programas ou cursos educativos. Pode também ocorrer um aconselhamento verbal pelo juiz e até mesmo aplicação de multa àquele usuário ou dependente que se recusar, sem justificativa, a cumprir as medidas educativas impostas.

ABSTRACT

The new law states that drug users and drug addicts should receive different treatment than is given to dealers in the country. The new law has as one of the major changes that who acquire, keep, have in storage, transports or carries with drugs for personal use, without lawful authority, can no longer be arrested. The offender will be subject to educational measures applied by special criminal courts. For those who are members or dependents, there may be warning about the effects of the drug, provision of community services and participation in educational programs or courses. Can also occur verbal counseling by the judge and even a fine that user or dependent who refuses without justification, to fulfill the educational measures imposed.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	10
1 DROGAS	12
1.1 A “DROGA” para o direito penal Brasileiro.....	12
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DROGAS	15
3 A LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO MUNDO.....	21
3.1 Políticas de Redução de Danos	22
3.1.1 Inglaterra.....	22
3.1.2 Holanda.....	23
3.1.3 França	23
3.1.4 Suíça	24
3.1.5 Alemanha.....	24
3.1.6 Canadá.....	25
3.1.7 Austrália	25
3.2 Políticas da Redução da Oferta.	26
3.2.1 Modelo Norte americano	26
3.3 Justiças Terapêuticas	27
4 A LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL	31
4.1 As antigas leis de combate ao tráfico e ao uso de drogas ilícitas.....	32
4.2 Lei 11.343/06, a nova lei sobre drogas.....	35
4.3 Usuários x Dependentes, conceitos e diferenças.	36
5 OS USUÁRIOS DE DROGAS, À LUZ DA NOVA LEI 11.343/2006.....	39
5.1 Art. 28 da Lei nº. 11.343/2006: Despenalização ou descriminalização do usuário?	40
5.1.1 Descriminalização	43
5.1.2 Abolitio Criminis	44
5.1.3 Despenalização	44
5.2 O Entendimento do STF	46
6 CONCLUSÃO.....	48
BIBLIOGRAFIA.....	50

INTRODUÇÃO

Famílias destruídas, vidas perdidas, enfim, as drogas, com seu poder devastador, invadiram nosso país, infelizmente esse não é um problema somente no Brasil, pois o mundo de forma geral está perdendo a guerra contra talvez aquilo que pode ser considerado como o maior mal da humanidade.

Em meados do século passado, foi plantado a idéia, Woodstock "SEXO, DROGAS e ROCK AND ROLL", ela cresceu de forma assustadora e hoje colhemos os seus frutos.

A sociedade mundial, com valores éticos que conhecemos, tem sido destruída por uma verdadeira avalanche de problemas sociais. Questões relativas à saúde pública, desigualdades, guerras, violência, educação deficiente, criminalidade e drogas têm causado insônia à população, diante da força arrasadora desses males e da ineficiência dos gestores públicos na sua resolução.

Um dos maiores problemas vivenciados é o tráfico ilícito de drogas e a dependência química. O envolvimento com as drogas causa um número incalculável de perdas sociais, alcançando sua maior incidência nos jovens em plena condição de desenvolvimento.

A dependência de drogas é um problema tão estigmatizado e contaminado pela reprovação moral que os indivíduos que as utilizam são, na maioria dos casos, marginalizados pela sociedade.

Neste estudo, será realizada uma breve análise sobre os efeitos da condenação dos usuários e dependentes na Lei 11.343/2006 de 23 de agosto de 2006, que foi chamada de "Nova Lei de Drogas", e passou a vigorar em 8 de outubro de 2006.

Esta nova lei visa a descriminalizar o agente usuário de drogas que causam dependência. Declara a nova lei que, não podendo ser provado que o infrator traficava a droga que estava em seu poder, o mesmo não poderá mais ser privado de sua liberdade.

Assim, o indivíduo que for encontrado portando drogas para consumo próprio. No lugar da privação da liberdade, medidas educativas serão impostas. Deste modo, há um significativo debate na doutrina acerca da ocorrência de despenalização ou de descriminalização de tal conduta.

1 DROGAS

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

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define droga como sendo qualquer substância natural ou sintética que, consumida por organismos vivos, é capaz de modificar seu funcionamento, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento. (KARAM, 1993, p. 26)

Seguindo a definição feita pela (OMS), pode-se concluir que a palavra DROGA abrange diversos tipos de substâncias com efeitos sobre o organismo humano. Podendo ser substâncias lícitas ou ilícitas, em qualquer forma.

O professor e doutrinador Damásio de Jesus define droga como:

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

1.1 A “DROGA” para o direito penal Brasileiro.

Para o atual direito brasileiro a nova lei sobre drogas 11.343/2006, em seu Art. 1º, parágrafo único, traz o seguinte conceito de drogas:

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

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (grifo nosso)

¹BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/Droga.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2013

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

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

Analisando o parágrafo do referido artigo do dispositivo legal, verifica-se que se trata de uma norma penal em branco, ou seja, depende da complementação de outra norma, pois, por si só, não é capaz de produzir os efeitos desejados.

Foi Karl Binding quem pela primeira vez usou a expressão “lei em branco” para batizar aquelas leis que contêm a *sanctio júris* determinada, porém, o preceito a que liga essa consequência jurídica do crime não é formulado senão como proibição genérica, devendo ser completado por outra lei (em sentido amplo). Enquanto a maioria das normas penais incriminadoras é composta de normas completas que possuem preceitos e sanções integrais de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras, existem algumas com preceitos indeterminados ou genéricos, que devem ser preenchidos ou completados. As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei – decreto – regulamento – portaria) para que possam ser aplicadas ao fato concreto. (Pereira, 2012, p. 97)

Pereira citando Binding ensina que: As normas penais em branco, na expressão lapidar de Binding, são “corpos errantes à procura de alma”.³

Ainda em relação à norma penal em branco, o doutrinador Rogério Greco assim ensina:

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

³ PEREIRA, Jeferson Botelho. **Tráfico e uso ilícito de drogas**. São Paulo: JH MIZUNO, 2012. p. 97.

feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, seria impossível a sua aplicação.⁴

Ney Moura Teles (2004, p.101) explica que a norma penal em branco é aquela que tem seu preceito impreciso, que pode ser completada a qualquer momento, com a edição de um ato administrativo, emanado do Poder Executivo, Federal, Estadual ou Municipal. Como se vê, a norma em branco está em pleno vigor, aguardando seu complemento, que a torna viva e perfeita, pronta para surtir efeito no mundo.

Teles ainda completa ensinando sobre a importância da norma penal em branco, se o legislador tivesse listado todas as substâncias entendidas como “DROGAS” em uma única lei, e uma nova substância entorpecente viesse ser descoberta, ou sintetizada, seria necessária a elaboração de uma nova lei, acrescentando à lei anterior o nome de nova substância que devesse ser proibida, isso demandaria tempo, pois o processo de elaboração de uma lei é demorado. Enquanto não fosse elaborada, sancionada, publicada e entrasse em vigor a nova lei, a dita substância poderia ser livremente comercializada ou distribuída, respeitando assim o princípio da legalidade.

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

Essa é a explicação, por exemplo, do fato de tanto o cigarro quanto a bebida alcoólica não terem o seu consumo proibido no Brasil, pois, muito embora causem dependência aos seus usuários e, por vezes, consequências mais danosas à saúde, as substâncias que os compõem não são tidas como drogas, para fins de aplicação do Art. 28 da Lei 11.343/2006.

⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial / volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 5 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 70.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DROGAS

Apesar de a literatura ser bem rica acerca da evolução das drogas no meio social. Existe uma ordem cronológica, sem grandes mutações de um autor para outro.

O uso de drogas psicotrópicas vem acompanhando a sociedade há milhares de anos. Muitos acreditam que algumas pinturas encontradas em cavernas foram feitas por nossos ancestrais durante transe provocados por algumas dessas drogas. Acredita-se que nossos antepassados já conheçam algumas sensações provocadas pelas drogas, uma vez que as raízes, folhas, sementes, flores e cogumelos, eram à base da alimentação deles. (Pereira, 2012)

Há indícios de que o homem usa esse tipo de substância há mais de dez mil anos antes de Cristo (período neolítico), provavelmente como uma forma de vivenciar experiências místicas ou curar seus males. Por muitos séculos as drogas mais usadas pelo homem foram o ópio, a cannabis e o álcool, sempre associados as suas possíveis propriedades terapêuticas ou em rituais místicos, como uma forma de aproximação com os deuses. Porém, com o passar dos anos, o uso passou a adquirir um caráter recreativo e abusivo.⁵

Com o passar do tempo, os povos antigos foram aprendendo a cultivar e a usar as drogas, que foram incorporadas aos seus hábitos e costumes. A utilização de substâncias para alterar o estado psíquico é conhecida há mais de quatro mil anos, principalmente pelo povo egípcio, que naquela época já relatava o uso de opiáceos e maconha. (Pereira, 2012)

Do tempo de utilização das drogas pelos povos antigos, não se conhece nenhum sinal de desarmonia entre eles causada pelo uso. Ao que tudo indica o consumo era controlado e acompanhado por um rumor sacro.

⁵LEMOS, Tadeu. Ações e Efeitos das Drogas de Abuso. In: Prevenção ao uso indevido de drogas/ Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos. – Curitiba: SEED – Pr., 2008. p. 152

O consumo de drogas acompanha a história da humanidade. Especialistas sinalizam em suas obras que o ópio e a cannabis, já eram usados no ano 3000 a.C.

Acredita-se que mais de 20 alcalóides são encontrados no ópio, porém poucos com propriedades farmacológicas podem ser extraídos da *Papaversoniferum* ou papoula do Oriente, planta originária da Ásia menor. Com um simples corte na cápsula da papoula verde obtém-se um suco leitoso chamado ópio (do grego = suco). Quando seco, esse suco se transforma em pó de ópio, do qual também se extraem varias substâncias, entre elas, a mais conhecida, a morfina (nome derivado do deus do sonho = Morpheu), que constitui 10% dos seus componentes e que foi isolada em 1803 pelo químico alemão Sertüner. (Pereira, 2012, p.31)

Os opiáceos, são conhecidos e utilizados pelo homem há muito tempo, existem indicações de seu uso pelos assírios no ano 4000 a.C, e pelos gregos em 900 a.C. e por Hipócrates em 400 a.C.. Galeno no ano 200 d.C., era entusiasta das virtudes do Ópio. Paracelsus (1493-1541) ensinava na universidade os benefícios do láudano (tintura de ópio). Até o século XIX, por não existirem outros medicamentos analgésicos, o ópio era usado largamente para essa finalidade. (Pereira, 2012, p.32)

Observou-se, no século XIX, que as mulheres, que usavam muito o ópio por dificuldades de parto, tornavam-se três vezes mais viciadas que o homem. A invenção da seringa hipodérmica, na metade deste século e seu subsequente uso para administrar opiáceos, levou à crença de que dessa forma não se desenvolveria dependência porque a droga não atingia o estômago e sua utilização continuou indiscriminadamente. No final do século XIX começou-se a notar uma associação entre pessoas consideradas "não desejáveis" pela sociedade, como prostitutas e jogadores, e o uso de opiáceos; e o ópio se tornou a primeira droga a ser reconhecida com poder de adição. Mas foi só no início do século XX, em 1912, que o tráfico do ópio passou a ser controlado.

5400 – 5000 a.C.	Um jarro de cerâmica descoberto no norte do Irã, com resíduos de vinho resinado, é considerado a mais antiga evidência da produção de bebida alcoólica.
4000 a.C.	Os chineses são, provavelmente, um dos primeiros povos a usar a maconha. Fibras de Cânhamo descobertas no país datam dessa época.
3500 a.C.	A folha de coca é costumeiramente mastigada na América do Sul. A coca é tida como um presente dos deuses.
2100 a.C.	Médicos sumérios receitam a cerveja para a cura de diversos males, segundo inscrições em tabuletas de argila.
2000 a.C.	Hindus, mesopotâmicos e gregos usam o cânhamo como planta medicinal. Na Índia, a maconha é considerada um presente dos deuses, uma fonte de prazer e coragem.
100 a.C.	Depois de séculos, o cânhamo cai em desuso na China e é empregado apenas como matéria prima para a produção de papel.
Século 11	Hassam Bin Sabah funda a Ordem do Haximxim, uma horda de guerreiros que recebia, em sua iniciação, uma grande quantidade de haxixe, a resina do Cannabis.
1492	O navegador Cristóvão Colombo descobre os índios usando tabaco durante suas viagens ao Caribe.
Século 16	Américo Vesúcio faz na Europa os primeiros relatos sobre o uso da coca. Com a conquista das Américas os espanhóis passam a taxar as plantações.
1550	Jean Nicot, embaixador francês em Portugal, envia sementes de tabaco para Paris.
Século 17	O gim é inventado na Holanda e sua popularização na Inglaterra no século 18 cria um grave problema social de alcoolismo.

Século 18	O cânhamo volta a ser usado no Ocidente, como planta medicinal. Alguns médicos passam a usá-lo no tratamento da asma, tosse e doenças nervosas.
Século 19	Surgem os charutos e cigarros. Até então, o tabaco era fumado principalmente em cachimbos e aspirado na forma de rapé.
1845	O pesquisador francês Moreau de Tours publica o primeiro estudo sobre drogas alucinógenas, descrevendo seus efeitos sobre a percepção humana.
1850 - 1855	A coca passa a ser usada como forma de anestesia em operações de garganta. A cocaína é extraída da planta pela primeira vez.
1852	O botânico Richard Spruce identifica o cipó <i>Banisteriopsiscaapi</i> como a matéria prima de onde é extraída a <i>ayahuasca</i> .
1874	Com a mistura da morfina em um ácido fraco, semelhante ao vinagre, a heroína é inventada na Inglaterra por C.R.A. Wright.
1874	A prática de fumar ópio é proibida em San Francisco (EUA). A sociedade para a Supressão do Comércio do Ópio é fundada na Inglaterra, e só quatro anos depois as primeiras leis contra o uso de ópio são adotadas.
1884	O uso da cocaína é popularizado na Europa. Dois anos depois, Jhon Pemberton lança nos EUA uma bebida contendo xarope de cocaína e cafeína; a Coca-Cola. A cocaína só foi retirada da fórmula em 1901.
1896	A mescalina, princípio ativo do <i>peyote</i> , é isolada em laboratório.
1898	A empresa farmacêutica Bayer começa a produção comercial de heroína, usada contra tosse.

1905	Cheirar cocaína torna-se popular. Os primeiros casos médicos de danos nasais por uso da cocaína são relatados em 1910. Em 1942, o governo dos EUA estima em 5.000 mortes relacionadas ao uso abusivo de droga.
1914	A cocaína é banida dos EUA.
1930	Num movimento que começa nos Estados Unidos, a proibição da maconha alcança praticamente todos os países do Ocidente.
1943	O químico suíço Albert Hofmann ingere, por acidente, uma dose de LSD-25, substância que havia descoberto em 1938. Com isso, ele descobre os efeitos da mais potente droga alucinógena.
1950-1960	Cientistas fazem as primeiras descobertas da relação do fumo com o câncer do pulmão.
1953	O exército norte-americano realiza testes com ecstasy em animais. O objetivo era investigar a utilidade do agente em uma guerra química.
1956	Os EUA banem todo e qualquer uso de heroína.
1965	O LSD é proibido nos EUA. Seus maiores defensores, como os americanos Timothy Leary e Ken Kesey, começam a ser perseguidos.
1965	Alexander Shulgin sintetiza o MDMA em seu laboratório. Ao mastigá-lo, sente "leveza de espírito" e apresenta a droga a psicoterapeutas.
Anos 70	O uso da cocaína torna-se popular e passa a ser glamourizado. Nos anos 80, o preço de 1 Kg de cocaína cai de US\$ 55 mil (1981) para US\$ 25 mil (1984), o que contribui para sua disseminação.

1977	Início da "Era de Ouro" do ecstasy. Terapeutas experimentais fazem pesquisas em segredo para não chamar a atenção do governo.
Década de 80	Surge o crack, a cocaína na forma de pedra. A droga, acessível às camadas mais pobres da população tem um alto poder dependência.
1984	A Holanda libera a venda e consumo da maconha em estabelecimentos específicos - os coffee shops.
1984	O uso recreativo do MDMA ganha às ruas. Um ano depois, a droga é proibida nos EUA e inserida na categoria dos psicotrópicos mais perigosos.
2001	Os EUA dão apoio financeiro de mais de US\$ 2 bilhões ao combate ao tráfico e à produção de cocaína na Colômbia.
2003	O governo canadense anuncia que vai vender maconha para doentes em estado terminal. É a primeira vez que um governo admite o plantio e comercialização da droga.

Fonte: Revista Galileu Especial nº3 - Agosto/2003

Jeferson Botelho Pereira conclui que os alucinógenos têm sido usados desde a Antiguidade. No entanto, foi só no início do século XX que a ciência tomou conhecimento dessas substâncias. Povos nativos do nordeste dos EUA, México e America Central sempre fizeram uso dos cactos Peiote, cujo botão Coroa contém mescalina. Tribos mexicanas usam também um cogumelo, parasita do arroz e do trigo, do gênero Psilocibe, chamado ergot, contendo psilocina e que é considerado sagrado e conhecido por "carne de Deus". Tribos indígenas da Amazônia utilizam plantas alucinógenas, como as leguminosas Pitadenia peregrina e Virola calophilla, que contêm dimetiltriptamina. Porém esse uso sempre esteve ligado a ritos e cerimoniais próprios de sua cultura.

3 A LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO MUNDO

Incontestável, é a seriedade a análise da questão, tendo em vista que se trata de um assunto de ordem pública, carecendo de especial atenção não só dos legisladores e juízes no exercício da atividade jurisdicional, mas também da população como um todo. Isso porque o consumo de drogas tem crescido assustadoramente na sociedade mundial, devendo tal conduta ser reprimida de maneira eficaz pelos Estados.

Portanto, não só as implantações de políticas preventivas tornam-se necessárias, mas também as repressivas, por meio da criação de métodos que ressocializem o usuário perante a comunidade, evitando, assim, sua marginalização na sociedade, o que pode trazer graves consequências, como por exemplo, a violência. (Reghelin, 2007)

Em 1990 a Organização Mundial de Saúde, preocupada com o crescente número de pessoas, particularmente adolescentes, viciadas em drogas, criou um Programa sobre o Abuso de Drogas e intensificou seus esforços e atividades preventivas para reduzir o impacto da drogadição na saúde da população. (Reghelin, 2007)

Desde 1949, a OMS avalia mais de 400 mil substâncias psicoativas, sendo que nos últimos anos o número de substâncias fiscalizadas aumentou cinco vezes e meia, porque as indústrias farmacêuticas estão constantemente colocando novos produtos no mercado e muitos deles com potencial de dependência semelhante a outros já conhecidos. (Pereira, 2012)

O movimento proibicionista internacional mais recente ocorreu com a adesão aos acordos firmados em convenções estabelecidas pela Organização das Nações Unidas, a iniciar-se pela Convenção Única de 1961. (Bacila, 2006)

A Convenção de Viena de 1988 estabelece políticas internacionais de controle de drogas e prevê no art. 4º que os países signatários têm o dever de cooperar, fazendo um controle severo das substâncias, mediante uma ação coordenada e universal. (Bacila, 2006)

3.1 Políticas de Redução de Danos

.O modelo ou estratégia preventiva de redução de danos é uma tentativa de minimização das consequências adversas do consumo de drogas do ponto-de-vista da saúde e dos seus aspectos sociais e econômicos sem necessariamente, reduzir esse consumo. Aliás, este foi o sentido dado pela Própria Organização Mundial da Saúde, em 1993, ao utilizar esta nomenclatura, citando ainda, como exemplo de alternativas, a troca de seringas estéreis visando ao controle da disseminação da AIDS entre usuários de drogas. (Reghelin, 2007)

A redução de danos não questiona se determinado comportamento é certo ou errado, bom ou mau, e sim se é seguro ou inseguro, favorável ou desfavorável. Centra-se no que funciona (pragmatismo) e no que ajuda (solidariedade). (Marlatt, 1999)

O conceito de redução de danos envolve a tentativa de minimizar os prejuízos associados a um determinado problema. Isso implica automaticamente, assumir a impossibilidade de erradicar e extinguir a presença das drogas, as quais têm um caráter antropológico e histórico em diversas sociedades e épocas. (Reghelin, 2007)

3.1.1 Inglaterra

As primeiras intervenções no plano da saúde coletiva no sentido de redução de danos datam de 1926, na Inglaterra, quando, no Relatório Rolleston, um grupo de médicos britânicos proeminentes recomendou a prescrição de opiáceos por profissionais da saúde. O objetivo era possibilitar ao usuário de droga uma vida “mais estável e útil à sociedade”, e não a interrupção completa do uso daquelas drogas, por reconhecer-se que tal prática estava intrinsecamente associada às características de vida dos usuários. (Reghelin, 2007)

Em 1985, em Liverpool, foi realizada uma experiência pioneira em redução de danos, a qual passou a ser reconhecida cientificamente no mesmo ano, tendo ficado conhecida como “modelo de redução de danos de Mersey”.

Em 1985, foi aberta a primeira clínica para tratamento de dependência de drogas em Liverpool (*Drug Dependecy Clinic*); até então os pacientes eram tratados em clínicas privadas, por psiquiatras que mantinham o antigo sistema de prescrição de opiáceos injetáveis para uso doméstico. Tal pratica facilitou a disponibilização de equipamentos injetáveis estéreis. (Reghelin, 2007)

3.1.2 Holanda

A política holandesa de redução de danos começou nos anos 70 e antecedeu a emergência da AIDS, o que comprova que o assunto sempre foi o interesse à saúde e ao bem-estar social naquele país. (Reghelin, 2007)

Em 1976, a Holanda, através da Lei de Ópio, passou a diferenciar drogas pesadas e drogas leves, classificando a cocaína, heroína e o LSD como drogas de riscos e, portanto, proibidas. Todavia, inseriu na relação de drogas leves a maconha e o haxixe, que ofereciam menores riscos à saúde. Permitia a posse de até 5 (cinco) gramas de maconha para o uso. (Reghelin, 2007)

A partir desse momento surgiram as cafeterias, sendo, atualmente, cerca de 1.500 na Holanda, das quais 500 localizam-se em Amsterdã.⁶ Tais cafeterias são toleradas, desde que não vendam drogas consideradas “pesadas”, não vendam drogas a menores de 16 anos, não tragam problemas para vizinhança e não façam propaganda acerca das drogas ou do seu uso.

3.1.3 França

A França sempre se recusou a adotar medidas terapêuticas pertencentes ao “modelo norte-americano de tratamento” por entender que ferem os direitos humanos, como, por exemplo, as propostas das comunidades terapêuticas e os tratamentos de substituição com metadona.⁷ Nesse assunto adota práticas sustentadas em concepções inspiradas na psicanálise e garante o direito ao atendimento gratuito, o direito ao anonimato e o voluntariado, a fim

⁶BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga. In: MESQUITA, F., BASTOS, F.K. (Orgs.) Drogas e Aids: Estratégias de redução de danos. São Paulo: Hucitec, 1994.p. 49-50

⁷BUCHER, R. Drogas e drogadição no Brasil. Artes Médicas: Porto Alegre, 1992

de garantir ao usuário que ele não sofrerá qualquer tipo de repressão. (Reghelin, 2007)

O Voluntariado significa referir que o usuário de drogas é quem escolhe se quer ou não ser tratado, sistema este que pretende “desmedicalizar” o atendimento a toxicômanos. (Reghelin, 2007)

3.1.4 Suíça

É importante referir à experiência da Platzpitz (Parque da Agulha). Trata-se de um parque localizado em Zurique, o qual se tornou um local de encontro diário para quase 3.000 consumidores de drogas pesadas e pequenos traficantes de drogas, principalmente de drogas ilícitas, como heroína e cocaína, entre 1988 e 1992. Naquele local, medidas preventivas e de redução de danos foram implementadas, inclusive suspendeu-se a aplicação da legislação repressiva naquele espaço geográfico. Por meio dessa experiência foi possível ter acesso à chamada “cena aberta” do uso de drogas, ou seja, o acesso a diversas faces de um universo tão escondido, o que permitiu, inclusive, a realização de alguns estudos. (Reghelin, 2007)

Naquele local, os usuários podiam comprar e usar drogas numa área pública. As autoridades suíças fecharam o PlatzPitz em 1992, optando por uma outra forma de abordagem que fosse mais segura e menos traumática a comunidade local e aos próprios usuários: descentralizar os serviços e disponibilizar heroína e outras drogas injetáveis para dependentes por meio de prescrições. O programa foi disponibilizado em oito cidades suíças e os dependentes selecionados tinham acesso a heroína, morfina, e metadona injetável, com direito a acompanhamento médico, além de serviços que incluíam alojamento e auxílio na busca de emprego, tratamento pra os problemas somáticos e psiquiátricos, incluindo a AIDS, e aconselhamento para problemas de família e de estilo de vida. (Reghelin, 2007)

3.1.5 Alemanha

Em 1990, iniciou-se um programa de redução de danos em Frankfurt, Alemanha. O programa tem sido visto pela maioria dos países europeus como

um verdadeiro modelo a ser seguido. São incluídos serviços como unidades móveis para provisão de aconselhamento e serviços de troca de seringas,, acesso à troca de seringas em farmácias nas zonas urbanas, programas de baixa exigência para fornecimento de metadona, abrigos para pernoite de usuários carentes de moradia, quatro centros de urgência para tratamento médico e três narcossalas. (Reghelin, 2007)

3.1.6 Canadá

Várias medidas têm sido tomadas no Canadá, em se tratando de redução de danos. São serviços como troca de seringas, manutenção com metadona, prevenção de problemas com álcool (programas de consumo moderado) e educação voltada para a saúde do indivíduo.

A filosofia canadense esta baseada em uma educação sobre a redução de danos fundada no humanitarismo, nos pragmatismos e em uma abordagem científica de saúde pública. O principio básico é a aceitação do uso de drogas como sendo normal, e que ele esta associado a benefícios e a riscos. Entendem que esse uso não pode ser eliminado, mas podem reduzir seus danos. (Reghelin, 2007)

Muitos jovens têm superado o uso de drogas. A educação deve ser isenta de julgamentos: ela requer um dialogo aberto e o respeito à liberdade de as pessoas tomarem suas próprias decisões, enfatizando o apoio positivo dos parceiros e companheiros, e não a sua superação. (Reghelin, 2007)

3.1.7 Austrália

A Austrália foi o primeiro país a adotar formalmente a redução de danos em sua política nacional de drogas. Em 1992, este país sediou a III Conferência Internacional Sobre Redução de Danos Relacionados a Drogas. Nessa Conferência, o Então ministro australiano dos Serviços de Saúde, Peter Staples, afirmou:

“Desde sua inserção em 1985, a Campanha Nacional da Austrália contra o Abuso de Drogas especificou que seu objetivo implícito era o de minimizar os efeitos prejudiciais das drogas na sociedade australiana.” Embora alguns possam considerar que tal objetivo

representa uma “opção fraca” para lidar com as drogas, o governo australiano não pensa dessa maneira. O governo australiano não é conivente com o uso ou o mau uso de drogas e acredita firmemente que uma abordagem de redução de danos é realista. Não consideramos que uma sociedade livre de drogas seja uma meta atingível. Além disso, o governo australiano acredita que nossos esforços renderão frutos a longo prazo e produzirão uma atitude responsável para com as drogas em nossa sociedade.⁸

A Austrália está considerando a possibilidade de fornecer heroína e outros opiáceos para usuários de drogas injetáveis.

3.2 Políticas da Redução da Oferta.

Os Estados Unidos, Suécia, Japão, Cingapura, Malásia e alguns países asiáticos têm sido hostis à idéia da redução de danos, preferindo investir, com exclusividade, na política da redução de oferta. (Reghelin, 2007)

A política da redução de oferta parte de um pressuposto de que é possível chegar a uma sociedade sem drogas. Objetivando eliminar qualquer consumo. Enfatizando a obtenção de metas “ótimas” abstinência em longo prazo.

Ao contrário da política de redução de danos que têm visão tradicional de saúde pública a política da redução da oferta tem orientação política populista. (Reghelin, 2007)

Procura a eliminação da oferta de drogas, com tolerância zero em relação a todos os usuários, inclusive àqueles que fazem uso moderado, as atividades educativas referentes às drogas veiculam uma mensagem única de abstinência: “diga não as drogas!”, entende os usuários de drogas como marginais perante a sociedade, apenas aceitáveis desde que livres das drogas. (Reghelin, 2007)

3.2.1 Modelo Norte americano

O modelo norte-americano adota uma política repressiva, pautada no forte proibicionismo em relação às drogas. Ao longo dos anos, os Estados

⁸REGHELIN, Elizangela Melo. **Redução de Danos**, Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007.p.92

Unidos elaborou leis cada vez mais rígidas, prevendo severas penas aos usuários e traficantes de drogas. (Reghelin, 2007)

No ano de 1956 a proibição chegou ao ápice, com a introdução da pena de morte pelo governo federal, aplicável em tese a qualquer pessoa acima de dezoito anos que fornecesse heroína a um menor de idade (embora aparentemente ninguém tenha sido executado com base nesse estatuto).

Como se não bastasse, as “sentenças mandatórias mínimas” no caso de drogas (*mandatory minimum sentences*) foram estendidas para dez anos. No ano de 1988, com a Anti-drugs Abuse Act, os traficantes seriam punidos com a pena de morte. (Reghelin, 2007)

A opção pelo modelo proibicionista nos EUA foi positivada com a edição da primeira legislação ocidental que punia o uso e a venda de psicoativos, o Harrison Act de 1914, e também pela implementação da política da “Lei Seca”, entre 1919-1933, considerando ilícito o consumo e a venda de álcool no país. (Reghelin, 2007)

3.3 Justiças Terapêuticas

A Justiça Terapêutica se origina a partir das políticas de “Tolerância Zero” norte-americanas, que buscam reprimir ao máximo a criminalidade. Após uma tendência penal internacional de abrandamento das penas, houve uma mudança nessa direção, a partir da implementação do neoliberalismo, na década de 90, quando começaram a ter lugar políticas mais severas em relação ao crime. Com o aumento das condições de miserabilidade das populações mundiais, houve a necessidade de que as políticas de repressão ao crime crescessem, pois a violência também cresceu. (Reghelin, 2007)

É um modelo penal no qual o consumidor de drogas ilegais tem apenas duas opções a escolher entre receber a pena ou fazer um tratamento de saúde (Bravo, 2002).

A partir da década de 90, o modelo de Justiça Terapêutica, começou a ser implantado. Nesse modelo os encaminhamentos de para tratamento são obrigatórios para os usuários de drogas.

A Justiça Terapêutica tem sido motivo de discussão para os Conselhos de Psicologia, na medida em que envolve complexas questões éticas, como a eficácia de um tratamento obrigatório e ainda a questão ética da quebra constante do sigilo do tratamento por parte do psicólogo, pois tem necessidade de relatar obrigatoriamente quando o paciente sai da abstinência. O que deveria ser exceção acaba, então, sendo regra. (Reghelin, 2007)

Na Justiça Terapêutica, o sujeito ganha um lugar de doente, além do que já tinha como criminoso. Nesse modelo, está implícita a concepção do sujeito como passivo, e não ativo sujeito de direitos, capaz de planejar e executar suas ações de cidadania. Também, tal modelo encara a saúde como um dever do Estado, a ser imposto, mais do que como um direito do cidadão, em contraposição ao que dizia a Declaração de 1948. (Reghelin, 2007)

Um argumento favorável utilizado pelos defensores da Justiça Terapêutica é o de que há uma superpopulação carcerária no país e de que a implementação desse modelo viria a contribuir para o desafortamento desse sistema em colapso.

Outra alegação quanto ao sistema penitenciário é que Justiça Terapêutica faria diminuir a chamada “escola do crime” nas prisões, na qual o sujeito, ao invés de preparar sua reinserção social, acaba se profissionalizando em termos de métodos criminosos, quando está encarcerado. (Bravo, 2002)

Além disso, uma tese defendida pelos que são contrários das políticas criminais de “Tolerância Zero” em geral é que usuários de drogas são criminosos de menor proporção que precisam ser combatidos, pois eles necessariamente caminhariam numa escalada do crime de menor proporção para o maior, como na teoria da vidraça quebrada de James Wilson e George Kelling.

Teoria segundo a qual, ao se quebrar uma vidraça em um prédio e não se fazer nada para consertá-la, acaba-se promovendo que as

demais também o sejam. Primeiramente, alguém quebraria uma vidraça em um prédio. A seguir, nada seria feito para puni-lo nem para consertar a vidraça quebrada. Os próximos passantes pelo local sentir-se-iam compelidos a repetir o ato, de forma que, ao final, as demais vidraças do prédio, também, acabariam quebradas. O ato criminoso de um cidadão influenciaria atos seguintes de outros, ao não haver punição. Essa teoria justifica que se reprima o crime tão logo ele aconteça, a fim de que outros crimes piores não acabem acontecendo.⁹

Se a premissa de que deve ser dado tratamento de saúde para evitar que o consumo se transforme em crime maior é verdadeira, por coerência, também seria verdadeira a de que se deve impor um tratamento de saúde aos sujeitos que consomem drogas lícitas como álcool e cigarro e, também, alimentos que possuam substâncias prejudiciais à saúde. Esses sujeitos, irresponsáveis para com a sua saúde, seriam criminosos em potencial.

As políticas de “Tolerância Zero” dos Estados Unidos, a partir das quais se originam os Tribunais Terapêuticos, desconsideram o princípio penal básico de que o indivíduo deve ser punido pelo que fez – se essa ação prejudica a terceiros – e não pelo que é.

Além disso, o simples consumo de drogas não afeta diretamente nenhum bem jurídico coletivo.

Um elemento negligenciado pela Justiça Terapêutica é que foi em decorrência das políticas de “Tolerância Zero” e da penalização crescente dos usuários e traficantes – com a própria inserção do tráfico ilícito de entorpecentes como crime inafiançável – que fez crescer os contingentes encarcerados.

Reghelin, afirma que:

Chega a ser desnecessário dizer que o dependente, antes de tudo, foi usuário. Isso é óbvio e a questão não é esta. Ocorre que a maioria dos usuários não foi e não é dependente químico: são usuários ocasionais não apenas de drogas ilícitas, mas de drogas lícitas, como o tabaco, o álcool, o cafezinho, os medicamentos prescritos pelo médico etc. Prever uma medida compulsória e, ainda, aplicável a

⁹ WILSON, James.KELLING, George, Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in communities, disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/etica/temas_atuais/justica-terapeutica-vidraca-wilson.html> acesso em 07 de abril de 2013.

todos, indistintamente, não encontra fundamentação científica alguma.¹⁰

O Conselho Federal de Psicologia manifesta-se no sentido de que o Psicólogo não pode atuar como agente executor de penalidade a ser aplicada ao indivíduo. Diz que a saúde não pode ser encarada como um dever, ferindo, dessa forma, o Princípio VII do Código de Ética do Psicólogo, mas sim como um direito.

Tudo isso coloca no terapeuta grande parte da função repressiva do Estado em relação às drogas e o põe diante de inúmeros questionamentos de natureza ética.

¹⁰REGHELIN, Elizangela Melo. **Redução de Danos**, Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007. p 165.

4 A LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL

A primeira norma que tratou acerca da criminalização de substâncias tóxicas ilícitas vinha contemplada nas Ordenações Filipinas, no Livro V, e enunciava que o indivíduo que guardasse em casa substâncias como o Ópio, poderia perder a fazenda e ser enviado à África. (PEREIRA, 2012)

Posteriormente, o assunto foi tratado pelo código Penal de 1890, pela Consolidação das Leis Penais de 1932, pelo Decreto 780, até a promulgação do Código de 1940.

A proibição penal do tráfico de drogas no texto do Código Penal de 1940, cuja parte especial, vige até hoje. O tipo estava previsto no então revogado artigo 281 e regulamentava a matéria toda, tornando fácil o acesso da informação sobre a lei, nos termos que preconizava Beccaria. (RANGEL e BACILA, 2007)

“Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor a venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa de três a doze contos de réis. dois a dez anos.

§ 2º Incorre em detenção, de seis a dois anos, e multa de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I – instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II – utiliza local, de que tem propriedade, posse, administração, ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de 18 anos.”

A Lei 4.451, de 4 de novembro de 1964, modificou o artigo 281 do Código penal. A matéria foi novamente alterada pelo Decreto-lei nº 385, de 26 de novembro de 1968. A Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, substituiu o Decreto-lei (que na época tinha força de lei) e regulamentou as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, regulamentada pelo Decreto nº 78.992, de 21 de dezembro de 1976, tratou da matéria até mesmo depois da edição da Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que pretendeu regulamentar todo o tema, mas foi vetada em seu Capítulo III, deixando intacta a matéria dos tipos e das penas previstas no Capítulo III da Lei 6.368/1976. Na verdade, a mal elaborada Lei 10.409/2002 trouxe mais polêmica do que benefícios para a matéria em nosso país. Por isso muitas vezes faremos referência direta à Lei 6.368/1976, que esteve vigente até a sua revogação pela Lei 11.434/2006. (RANGEL e BACILA, 2007)

4.1 As antigas leis de combate ao tráfico e ao uso de drogas ilícitas.

Na legislação brasileira, até 1964 a problemática dos tóxicos estava disciplinada no art. 281 do Código Penal. Porém, o STF contrariou o dispositivo legal e firmou diversos entendimentos no sentido de diferenciar o usuário do traficante. Havia inclusive uma súmula que considerava atípico o porte de pequena quantidade de entorpecente para uso próprio. (PEREIRA, 2012)

Tal entendimento jurisprudencial desagradou aos legisladores, ensejando assim a promulgação da Lei 4.451, de 04 de novembro de 1964. Depois dessa, vieram outros ordenamentos, como o Dec.-Lei 385 de 26 de dezembro de 1968, e a Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, todas considerando crime tanto o tráfico como o consumo, punindo de forma igual atos de gravidade e alcance sociais distintos. (PEREIRA, 2012)

Essa situação obrigava os juízes, por questões de políticas criminais, a não condenar os transgressores, o que levou à elaboração de uma nova Lei de Tóxicos, surgindo então a Lei 6.368, de 12 de outubro de 1976, com 47 artigos.

Nessa lei, destacavam-se quatro vertentes: a preventiva, a terapêutica, a repressiva e parte referente ao procedimento penal, inclusive constando medidas cautelares de apreensão e sequestro de veículos, embarcações, aeronaves e outros bens utilizados para a prática de crimes definidos nos artigos 12 a 17 da citada Lei.

Na parte preventiva, dispositivos constantes nos artigos 1º a 11, a Lei proibia o plantio, a cultura etc., de qualquer planta da qual pudesse ser extraída substância entorpecente; criou um Sistema Nacional Antidrogas no artigo 3º, para estabelecer a política de prevenção, fiscalização e repressão aos tóxicos. O objetivo era realizar um esforço integrado por pessoas de alto gabarito das áreas federal, estadual e municipal contra a disseminação dessas substâncias no meio social.

No artigo 5º da lei 6.368 determinava a obrigatoriedade da inclusão nos programas e cursos de formação de professores, de ensinamentos referentes a substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica, a fim de que pudessem ser transmitidos com observância dos seus princípios científicos.

A parte terapêutica da lei 6.368, entende o legislador que em muitos casos o viciado precisa muito mais de um tratamento para auxiliá-lo no combate ao vício do que uma punição. Assim, determinava o tratamento do viciado em estabelecimento adequado, mediante internação hospitalar ou em regime ambulatorial, conforme a necessidade. Dispõe ainda que, enquanto não se criar tais estabelecimentos, deverão ser adaptados, na rede já existente, unidades ou clínicas para aquela finalidade.

No que se refere à repressão, tal Lei diferenciava o traficante do usuário, enquadrando o primeiro no artigo 12, sujeito a pena de 3 a 15 anos de reclusão, bem mais grave que a pena prevista na Lei anterior. O usuário enquadrava-se no artigo 16, cuja pena era de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção, pena essa bem mais branda que a anterior e que permitia ainda benefícios como fiança, o sursis, etc.

A autoridade competente, ou seja, o Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça tinha no artigo 37 do Estatuto, o balizamento para determinar o enquadramento legal do autor do crime, observando os requisitos necessários.

O que se percebe é que a Lei 6.368/76 procurou eliminar todos os inconvenientes das leis anteriores, proporcionando ao juiz oportunidade de só aplicar a pena se esta fosse útil à sociedade e necessária ao acusado.

Em 11 de janeiro de 2002, foi promulgada a Nova Lei de Tóxicos, a Lei 10.409, contendo 59 artigos. Ela surge sob diversas críticas de teóricos e operadores do Direito, vista como um diploma legal que trouxe insegurança ao Sistema Penal Brasileiro. O que se viu foram manifestações uníssonas no sentido de analisar suas notáveis imperfeições. Foi chamada de “Frankenstein Jurídico” e “Colcha de Retalhos”, devido aos excessivos vetos presidenciais a artigos e até mesmo a capítulos inteiros. (PEREIRA, 2012)

O Capítulo III, por exemplo, que trata dos Crimes e das Penas, a partir do artigo 59, foi inteiramente vetado, alegando-se vício de inconstitucionalidade no artigo 21 e que o teor deste estaria a contaminar a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão. O artigo 21 dispunha sobre uma série de medidas alternativas à prisão, aplicáveis ao usuário de drogas, surpreendido com pequena quantidade, o que significava uma verdadeira despenalização da conduta. Foi vetado ainda do projeto original, da Lei 10.409, o artigo 59, que previa a revogação da Lei 6.368/76, o que significava que esse diploma continuava em vigor no que não fosse incompatível com a nova Lei. Desse modo, prevalecia o entendimento jurisprudencial de que a parte processual da Nova Lei de Tóxicos tinha validade e eficácia jurídica e que a sua inobservância importaria em violação do direito ao devido processo legal e à ampla defesa.

Durante mais de três anos, a legislação antidrogas no Brasil conviveu simultaneamente com duas leis distintas: a parte da definição dos crimes continuava prevista nos artigos 12 e 17 da Lei 6.368/76 e a parte processual passou a ser tratada na Lei 10.409/02. Todavia, essa Lei 10.409/02 deixou de contemplar todos os temas processuais que a Lei 6.368/76 tratava e ainda,

para piorar, previa dois interrogatórios, situação essa que causava grande insegurança jurídica.

4.2 Lei 11.343/06, a nova lei sobre drogas.

Em agosto de 2006, foi publicada a lei 11.343/06, oriunda do Senado, por meio do Projeto-Lei 115, de 2002, contendo 75 artigos. A nova Lei, agora chamada de Lei Sobre Drogas, revogou expressamente as Leis 6.368/76 e 10.402/2002. (PEREIRA, 2012)

Foram vetados dez artigos, sendo nove deles (6º e 8º a 15) em razão de sua inconstitucionalidade, com base em parecer apresentado pelos Ministérios da Fazenda e da Justiça, e um (artigo 71), por contrariar o interesse público.

A nova Lei de Drogas possui 06 (seis) títulos, distribuídos em 75 artigos. O Título I, artigos 1º e 2º, trata das disposições preliminares. O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas esta inserido no Título II, nos artigos 3º a 17. Já as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas são tratadas no Título III, dos artigos 18 a 30; O Título IV, artigos 31 a 64, prevê a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; A Cooperação Internacional consta no Título V, no artigo 65, e as Disposições Finais e Transitórias são tratadas no Título VI, artigos 66 a 75.

A disposição da citada Lei de Drogas se aplicam a todos em geral, exceto quando se tratar de crimes militares definidos do Decreto-Lei nº 1.001/69, Título VI: Crimes contra a Saúde, artigos 290 e 291, sendo condutas de tráfico e uso ilícitos tratados no artigo 290, e Receita Ilegal prevista no artigo 291, delitos cometidos pelo médico, dentista e farmacêutico militares.

Conforme o exposto pode-se verificar que estão em vigor hoje, no Brasil, a Lei 11.343/2006, aplicada aos crimes comuns; o Decreto-Lei 1.001/69, para os crimes militares definidos no artigo 9º; O Decreto nº 5.912/2006, que regulamenta a Lei 11.343/06 e a Portaria 344/98, da ANVISA, norma emanada do Ministério da Saúde, no chamado sistema de normas penais em branco, ou

seja, quando o preceito primário necessita de complemento para preencher a plenitude da conduta típica, norma esta válida como complemento das duas leis em epígrafe.

4.3 Usuários x Dependentes, conceitos e diferenças.

No que tange a justiça penal, há a necessidade de se fazer alguns comentários sobre o que vem a ser usuário e dependente. Existe uma confusão nas citações das duas expressões, uma quase sempre substituindo a outra, ou ambas sendo utilizadas como sinônimas. Existe uma classificação fornecida por organismos internacionais a respeito do assunto, a qual é necessária para determinar as medidas úteis ao enfrentamento de acordo com a real situação apresentada.

A classificação mais utilizada é feita pela Organização Mundial de Saúde, acerca das pessoas que utilizam tais substâncias. Assim temos:

Não-Usuário: nunca utilizou;

Usuário Leve: utilizou drogas, mas no último mês o consumo não foi diário ou semanal;

Usuário Moderado: utilizou drogas semanalmente, mas não diariamente, no último mês;

Usuário Pesado: utilizou drogas diariamente no último mês.

A organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) classifica os diversos tipos de usuários de drogas em:

Usuário experimental ou experimentador: limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão de grupo etc. Na grande maioria dos casos, o contato com drogas não passa das primeiras experiências.

Usuário ocasional: utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais.

Usuário habitual ou "funcional": faz uso frequente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda "funciona" socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência.

Usuário dependente ou "disfuncional" (dependente, toxicômano, drogadito, farmacodependente, dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral.

Francisco Silveira Benfica e Márcia Vaz (2008,118 e 119) conceitua o uso e o tráfico de drogas como:

Traficante: é o indivíduo, viciado ou não, que planta, importa, exporta e distribui a droga aos viciados e experimentadores.

Experimentador: é o indivíduo que dolosa ou culposamente procura a experiência, sabendo da antijuricidade do fato.

Viciado: é o indivíduo que apresenta um padrão de comportamento caracterizado pelo uso compulsivo e pela necessidade agressiva de drogas e de assegurar o seu suprimento. Este termo tende a ser substituído pelo conceito de "dependente".

Dependência este termo passou a ser recomendado desde 1964, pela Organização Mundial de Saúde, para substituir outro com maior conotação moral: o chamado vício. Na falta da droga, os usuários que se acostumaram a consumi-la apresentam sintomas penosos, levando a um desejo e a uma necessidade absoluta de consumo. Este quadro caracteriza a chamada "dependência física", um estado de adaptação do corpo, manifestado por distúrbios físicos quando o uso de uma droga é interrompido. Quando uma determinada droga é utilizada em quantidades e frequências elevadas, o organismo se defende estabelecendo um novo equilíbrio em seu funcionamento e adaptando-se a esta substâncias de tal forma que, na sua falta, funcionou mal. Na dependência física, a droga é necessária para que o corpo funcione normalmente. Assim, a suspensão do uso desta substância manifesta-se através de um desajuste metabólico no organismo, normalmente caracterizado por sensações de mal-estar e diferentes graus de sofrimento mental e físico, particulares para cada tipo de droga. Este quadro é chamado de "Síndrome de Abstinência" e representa o conjunto de sinais e sintomas decorrentes da falta da droga em usuários dependentes.

Dependência de drogas anteriormente à Revisão da Classificação Internacional das Doenças existiam dois tipos de dependência: dependência física e dependência química. A partir desta nova classificação os aspectos

psicológicos e físicos foram unificados sob a definição de “dependência de drogas”. Esta mudança ocorreu, pois no passado julgou-se erroneamente que as drogas que induziam a dependência física (e conseqüentemente à síndrome de abstinência) seriam aquelas perigosas, também chamadas de drogas pesadas – “*hard drugs*”. Por outro lado, as que induziam apenas dependência psíquica eram consideradas as drogas leves – *soft drugs*.

Sabe-se hoje que várias drogas têm a capacidade de produzir dependência física geram intensa compulsão para o uso e sérios problemas orgânicos. Portanto, é inadequado classificá-las como drogas “leves”. Atualmente se aceita que uma pessoa seja “dependente”, sem qualificativo, enfatizando-se que a condição de dependência seja encarada como um quadro clínico.

Dependência psíquica é o desejo incontido de obter e administrar a droga para obter prazer ou alívio de desconforto. Atualmente se aceita que uma pessoa seja “dependente”, sem qualificativo, enfatizando-se que a condição de dependência seja encarada como um quadro clínico.

Dependência física é o estado caracterizado pelo aparecimento de sintomas físicos ou síndrome de abstinência quando a administração da droga é suspensa.

Síndrome da abstinência é o conjunto de sinais e sintomas desagradáveis, opostos produzidos pela droga, que surgem com baixo ou nulo teor da droga no sangue.

5 OS USUÁRIOS DE DROGAS, À LUZ DA NOVA LEI 11.343/2006.

Nota-se em todo o texto da Lei 11.343/2006 a elevada preocupação com o usuário de drogas, não só no que se refere às brandas sanções penais, mas também quanto ao objetivo de não estigmatizar o usuário ou dependente.

O artigo 1º da Lei 11.343/2006 faz uma rápida introdução a todos os temas discutidos na Lei de drogas, no caso do nosso trabalho observamos que a lei diminuiu as consequências penais para os usuários, bem como tenta evitar a estigmatização do usuário e do dependente. (RANGEL e BACILA, 2007)

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

Sem nenhuma interdição, o artigo 2º tem coerência com toda a Lei de Drogas ao Proibir plantio, colheita, cultura de plantas no Brasil para extração de drogas. Contudo, fez ressalva de eventuais autorizações da Lei ou até de dispositivos autorizados pela Lei que possibilitam lícitamente tal atividade.

Art. 2 Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, **ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso**.(grifo nosso)

Parágrafo único. **Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas**. (grifo nosso)

Tais autorizações só se justificam para pesquisas médicas, científicas, técnicas, enfim, muitas plantas hoje proibidas foram usadas no passado como medicamento. Ou então, a autorização emana de fundamento religioso, no sentido de se tolerar ritos místicos que empregam plantas ou substâncias psicotrópicas.

O artigo 3º estabelece os objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, isto é, as diretrizes governamentais para atuar na prevenção do uso indevido de drogas e a reinserção dos usuários e dependentes, principalmente através da educação sobre os malefícios das drogas.

TÍTULO II

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 3 O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;(grifo nosso)

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

5.1 Art. 28 da Lei nº. 11.343/2006: despenalização ou descriminalização do usuário?

No Brasil, com advento da Lei 11.343/2006, artigo 28, não existe mais a possibilidade jurídica de aplicação da pena de prisão, ainda que o usuário seja multireincidente. As medidas possíveis aplicadas a quem tenha posse de substância entorpecente, para uso próprio, são advertência, prestação de serviços à sociedade e comparecimento a programas educativos. (PEREIRA, 2012)

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

Subsidiariamente a esta questão, de maneira mediata, portanto, insurgem-se os seguintes questionamentos: Quais as conseqüências jurídicas desta mudança? As sanções previstas são consideradas penas ou medidas educativas?

Assim é a redação do artigo 28 da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou

em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Com efeito, da nova lei, quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, substâncias estupefacientes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido, tão-somente, à advertência sobre os efeitos das

drogas, à prestação de serviços à comunidade e à medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.¹¹

Para entender o que é descriminalização ou despenalização devemos aprender seus conceitos, Luiz Flavio Gomes ensina: Descriminalizar é “retirar de algumas condutas o caráter de criminosas”. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal).”

Segue dizendo que há duas espécies de descriminalização: “a) a que retira o caráter ilícito penal da conduta, mas não a legaliza. b) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente, (...) A primeira pode ser chamada de descriminalização ‘penal’ (porque só afasta a incidência do Direito penal, mas o fato continua sendo ilícito). A segunda pode ser denominada de descriminalização plena ou total (porque elimina o caráter ilícito do fato perante todo o ordenamento jurídico).”¹²

Na observação de Vladimir Brega filho e Marcelo Gonçalves Saliba, citando Cervini, descriminalização é o “sinônimo de retirar formalmente ou de fato o âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas, em três formas possíveis:

a) a descriminalização formal (penal),

b) descriminalização substantiva (plena ou total),

c) descriminalização de fato, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.”

Por despenalização, Gomes compreende que “significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso de pena de prisão, mas mantendo – se intacto o caráter de ‘crime’ da infração (o fato continua sendo infração penal). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para o delito.”.

¹¹BRUTTI, Roger Spode. **A Lei nº11.343, de 23 de agosto de 2006, (Lei de Tóxicos) e suas específicas alterações atinentes à atuação da polícia judiciária.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 33,

¹²GOMES, Luiz Flavio, BIANCINI, Alice, CUNHA Rogério Sanches, OLIVEIRA, Willian Terra de, **Nova lei de drogas comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.108.

Acerca da inovação das sanções do art. 28 da lei 11.343/06 a discussão mais árdua é em relação se houve a descriminalização 'penal', o abolicionismo (descriminalização plena) ou somente a despenalização.

5.1.1 Descriminalização

O atual Código Penal Brasileiro não fornece um conceito legal de crime, somente dizendo, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, que alternativa ou cumulativamente com pena de multa.

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

Sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, colidisse frontalmente, contra a lei penal editada pelo Estado.

Considerando o seu aspecto material, crime é toda conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

O posicionamento que defende a descriminalização penal é liderado por Luiz Flávio Gomes, que inicia sua argumentação se baseando no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, onde tem uma definição de crime usando como critério o tipo de pena atribuída ao fato: (PEREIRA, 2012)

Com base nesta definição entende o jurista: "Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser "crime" porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco esta conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).

Em outras palavras: na nova Lei de drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração “penal” no nosso país.

Com esse pensamento, posiciona-se o jurista Luiz Flávio Gomes pela infração *sui generis*, pois não se trata de crime nem de contravenção penal porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. (Pereira, 2012)

Segundo Gomes, se o fato punido com reclusão ou detenção é “crime” e se esse mesmo fato quando punido com prisão simples ou multa é uma “contravenção penal” como admitir que o menos, ou seja, como admitir que o fato punido com sanções mais brandas do que prisão simples (esse é o caso do art. 28) seja “crime”. O fato punido com pena menor que a da contravenção é reputado como crime. Isso nos parece paradoxal

Segue seu entendimento afirmando que infração *sui generis* é mais uma espécie do gênero infração penal, não constituindo crime, houve descriminalização formal (penal) e ao mesmo tempo a despenalização, mas não o *abolitio criminis*, deste modo o art. 28 continua pertencendo ao Direito Penal.

5.1.2 Abolitio Criminis

A corrente mais radical e com menos força é defendida por Alice Bianchini. A autora afirma que o art. 28 é uma infração penal do direito judicial sancionador, não pertencendo mais ao Direito Penal, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais), tendo ocorrido descriminalização substancial (ou seja, *abolitio criminis*). (Pereira, 2012, p.159)

5.1.3 Despenalização

Contrário ao entendimento de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, grande parte dos doutrinadores passaram a argumentar de forma contrária a

idéia de descriminalização e do surgimento de um sistema tripartido com a adição da infração *sui generis*, indicando que as condutas continuam sendo crimes havendo apenas uma despenalização.

Seus defensores entendem, principalmente, que a redação do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal já está ultrapassada, pois data da década de 40, onde não se vislumbrava penas alternativas como sanções de infrações penais, além do mais, o art. 28 da lei 11.343/2006 esta no Título III, Capítulo III “Dos Crimes e das Penas”.

Segundo Capez (2009), o fato continua a ter natureza de crime à medida que a própria Lei disciplinou o artigo 28 no capítulo relativo aos crimes e às penas, além do que as sanções somente podem ser aplicadas por um juiz criminal, mediante o devido processo legal.

A inadequação do artigo 1º da Lei de introdução ao Código Penal para determinar o conceito de crime sob o fundamento de que a definição contida no mencionado artigo se encontra defasada e, portanto, não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI (CAPEZ, 2009).

Os defensores da corrente da despenalização, rechaçando a teses anteriores, afirmam que a Constituição Federal permite a existência de crime sem estabelecer pena privativa de liberdade, consoante se depreende do artigo 5º, inciso XLVI, do mencionado diploma legal, estabelecendo que a Lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a pena privativa ou restritiva de liberdade, a perda de bens, cominação de multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei). A LICP está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI. (CAPEZ, 2009)

Não havendo a descriminalização, a despenalização torna-se evidente, assim como aponta Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba: “ A nova lei de tóxicos manteve o crime no art. 28. Não se pode falar em descriminalização, porém seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. (...) o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal”

5.2 O Entendimento do STF

Conforme o Supremo Tribunal Federal da primeira Turma, no Recurso Extraordinário nº 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13 de fevereiro de 2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007 declara que:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico.

Nesse sentido, verifica-se que o prazo fixado para punição é de dois anos caso, não se perca o objeto do recurso extraordinário, conforme segue:

Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 (dois) anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.

6 CONCLUSÃO

O consumo de drogas ilícitas se apresenta como um câncer social que afeta famílias de todas as rodas da sociedade. Elas destroem, aniquilam, inundam de sequelas seus consumidores. Lares são destruídos, pessoas perdem a saúde e a vida em busca desse prazer mortal. A própria sociedade perde com a falta de prevenção do consumo de drogas.

É algo que assusta e desafia a humanidade, tornando-se necessárias políticas públicas para vencê-lo, temos que lutar de forma destemida em defesa da vida.

A cada dia, percebe-se a necessidade de se fazer alguma coisa mais rígida nesse sentido. Os antigos instrumentos legais não mais exerciam poder controlador sobre usuários, além de penalizar aquele que apenas faz uso das substâncias entorpecentes.

Tentando ser mais justos, legisladores decidiram que a lei relativa ao consumo de drogas entorpecentes deveria sofrer alterações. Assim, foi elaborada a Lei nº 11.343/2006, que alterou as penas atribuídas aos usuários.

Com a pena prevista no artigo 28 da Lei da 11.343/2006, doutrinadores do direito divergem sobre seu entendimento.

Luiz Flávio Gomes e alguns outros acreditam que houve a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, visto que não é mais possível aplicar as penas de detenção e reclusão, mesmo que o réu seja reincidente. Uma pequena parte dos doutrinadores segue a idéia de Alice Bianchini que defende a descriminalização substancial (*Abolitio Criminis*) e por fim a grande maioria dos doutrinadores e Tribunais Superiores afirmam que houve despenalização da conduta prevista no tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Os acusados no artigo 16, da revogada Lei nº 6368 de 21 de outubro de 1976, foram beneficiados com a Lei 11.343/2006, pois se trata de *lexmillor (novatio legis in mellus)*.

A 2ª Turma do STF já manifestou no sentido de que o uso de drogas para consumo próprio é crime, apenas o que houve foi a despenalização da conduta delitiva, tornando a pena mais branda e menos agressiva ao infrator.

Conclui-se, desta forma, que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, continua como sendo um ilícito penal, estando o autor do delito sujeito às sanções previstas na Lei.

A nova realidade social exigiu dos legisladores adequarem a lei, verificou-se que o encarceramento do usuário de drogas não resolvia o problema. A Constituição Federal prevê a cominação de várias espécies de penas, sendo que a medida cautelar, prisão, é apenas uma entre outras autorizadas, conforme o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

O que realmente mudou em relação aos usuários com a Lei 11.343/2006 foi que a mesma passou a considerar a posse de substância entorpecente, para uso próprio, como de menor potencial ofensivo, com aplicação de penas descarcerizadoras.

A nova lei passou a ver distintamente a pessoa encontrada de posse de substância entorpecente para uso próprio, proibindo de forma absoluta a prisão em flagrante, prevendo apenas advertência, medidas educativas, prestação de serviço a comunidade e comparecimento a programas educativos

O não cumprimento das penas restritivas de direito, ensejam ao infrator o pagamento de multas, que podem alcançar o valor máximo estimado em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), o que reflete uma penalidade coercitiva maior que as que são atribuídas aos crimes comuns sujeitos a reclusão e detenção.

BIBLIOGRAFIA

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

BARATTA, Alessandro. **Introdução a uma sociologia da droga**. In: MESQUITA, F., BASTOS, F.K. (Orgs.) *Drogas e Aids: Estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994.p. 49-50

BUCHER, R. **Drogas e drogadição no Brasil**. *Artes Médicas*: Porto Alegre, 1992

BRAVO, O. A. (2002). *Tribunales Terapéuticos: vigilar, castigar y/o curar*. *Psicologia & Sociedade*, 14 (2): 148-162; jul/dez. 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edipro, São Paulo, 1993. p.41.

BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. **A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira**. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br /infodrogas/Droga.htm>>. Acesso em: 10fev. 2013

BRUTTI, Roger Spode. **A Lei nº11.343, de 23 de agosto de 2006, (Lei de Tóxicos) e suas específicas alterações atinentes à atuação da polícia judiciária**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 33, 30/09/2006 Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1323 Acesso em: 20/04/2013.

CAPEZ, Fernando. **A nova Lei de tóxicos**, modificações legais relativas à figurado usuário. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal* nº14, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, F. **Notas breves sobre a nova lei de drogas** (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006). *Complexo jurídico Damásio de Jesus*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_001_2007&category_id=432>. Acesso em: 05 abr. 2013.

CELSO, Delmanto, **Direito Penal Comentado** – 7 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, Decreto 2.848/1940, Editora Saraiva, 2005.

CONVENÇÃO de Viena Sobre Relações Diplomáticas. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

FILHO. Vladimir Brega e SALIBA. Marcelo Gonçalves. **A nova Lei de tóxicos:**Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividadebenéfica. Revista Magister de Direito Penal e Processual Pena, nº16, 2007

FILIPINAS Ordenações de 1603, Felipe I.

GOMES, Luiz Flavio, BIANCINI, Alice, CUNHA Rogério Sanches,OLIVEIRA, Willian Terra de, **Nova lei de drogas comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES. Luiz Flávio. **Tóxicos:** o usuário é um tóxico-deliquente no entendimento doSupremo Tribunal Federal, Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, 2007

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

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, penas e fantasias.** 2. Ed Niterói: Luam, 1993.

Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

LEI sobre Drogas do Brasil. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

LEMOS, Tadeu. **Ações e Efeitos das Drogas de Abuso.** In: Prevenção ao uso indevido de drogas/ Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos. – Curitiba: SEED – Pr., 2008. p. 152

MESQUITA, F. BASTOS,F.I. **Drogas e Aids:** estratégias de redução de danos. São Paulo: Hucitec, 1994. P. 65-78

MARLATT, Gordon Alan, **Redução de danos:** Estratégias práticas para lidar com comportamento de alto risco. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

MONTEIRO, Fabio Borini, **IntertemasUnitoledo:** A Polêmica entre a descriminalização e a despenalização das condutas do art. 28 da Lei 11.343/06, disponível em <http://intertemas.unitoledo.br>>Acesso em: 08 abr. 2013.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Tráfico e uso ilícito de drogas**. São Paulo: JH MIZUNO, 2012.

REGHELIN, Elizangela Melo. **Redução de Danos**, Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007.

TELES, Ney Moura, **Direito Penal: Parte Geral**, V. 1. São Paulo: Atlas 2004.

WILSON, JAMES.KELLING, GEORGE, **Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in communities**, disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/etica/temas_atuais/justica-terapeutica-vidraca-wilson.html>Acessoem: 07 abr. 2013.