

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO “  
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**ANÁLISE DO DELITO DE PORTE DE DROGAS DESTINADO AO USO PESSOAL.**

**YURI RODRIGUEZ OGA LIMA CAMPOS**

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO “  
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**ANÁLISE DO DELITO DE PORTE DE DROGAS DESTINADO AO USO PESSOAL.**

**YURI RODRIGUEZ OGA LIMA CAMPOS**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Claudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP  
2016

# ANÁLISE DO DELITO DE PORTE DE DROGAS DESTINADO AO USO PESSOAL.

Trabalho de Monografia aprovado  
como requisito parcial para obtenção  
do Grau de Bacharel em Direito

---

Cláudio José Palma Sanchez  
Orientador

---

Rodrigo Lemos Arteiro  
Examinador

---

Fernanda de Matos Lima Madrid  
Examinadora

Presidente Prudente/SP, 22/11/2016

A educação é a arma mais poderosa que  
você pode usar para mudar o mundo.

- Nelson Mandela

Dedico este trabalho à minha  
família, que é o meu pilar mais  
forte.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à minha família, que considero como parte da minha própria alma, que foram responsáveis por pavimentar, me dar condições e apoio para que minha pessoa pudesse chegar neste momento, que acreditaram em mim, que me deram inúmeros bons exemplos de vida e que dedicaram suor e lágrimas para me criar da melhor forma possível.

Agradeço aos meus amigos e amigas, que em diversos momentos estiveram comigo, construindo ótimas memórias e me animando.

Agradeço ao meu orientador Claudio José Palma Sanchez, vulgo “Claudinho”, que me orientou na elaboração deste estudo.

Agradeço aos examinadores Rodrigo Lemos Arteiro e Fernanda de Matos Lima Madrid por dedicarem um pouco de seu tempo na avaliação deste trabalho.

E a todos os meus colegas que entraram nessa jornada de cinco anos, que foi maravilhosa ao iniciar e construir de forma excelente nosso saber dedicado ao mundo jurídico.

Agradeço ao Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” e todo seu corpo de docentes que permitiram compreender até mesmo as pequenas nuances acerca do curso de Direito.

## RESUMO

Este trabalho tem o escopo de analisar o delito de porte de drogas para consumo pessoal, descrito no artigo 28, da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. O assunto volta ainda mais sob as luzes com as recentes discussões acerca da descriminalização de entorpecente, ou mesmo a legalização destes. A análise tem como linha de raciocínio uma posição crítica em relação a política de pouco sucesso com o combate repressivo aos entorpecentes. As recentes movimentações jurisprudenciais e mesmo sociais em todo o globo terrestre inspiraram este estudo, no qual joga uma luz quanto às dúvidas em relação a esse assunto. Delimitando a definição de entorpecentes ilícitos, para em seguida realizar uma breve recapitulação histórica de forma doméstica e internacional, passamos a mergulhar dentro do tópico. Este trabalho científico aborda a tutela constitucional da referida norma e passa a demonstrar, através de uso de dados estatísticos, os resultados da política repressiva, abordando a atuação do Estado, do traficante e a situação do usuário de entorpecentes. A monografia ainda, de maneira inédita, propõe uma classificação conforme a rigidez repressiva que os Estados utilizam no combate aos entorpecentes para, em seguida, apresentar as correntes de interpretação visando a descriminalização das drogas para uso pessoal, exibindo exemplos fáticos de utilização da política de descriminalização em diversos países. Por fim, realiza uma previsão para o futuro da interpretação jurídica e normativa utilizada no Brasil, baseada nos dados coletados.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Constitucional. Drogas. Traficante. Usuário. Estado. Legalização. Descriminalização. Direitos Humanos.

## ABSTRACT

This work has the scope to analyze the drug possession offense for personal use, described in Article 28 of Law 11.343 of August 23, 2006. The matter back further under the lights with the recent discussions about the decriminalization of narcotics, or even the legalization of these. The analysis is line of reasoning a critical position in relation to success little policy to combat repressive drugs. Recent case law and even social movements across the globe inspired this study, which sheds light as doubts regarding this matter. Delimiting the definition of illegal narcotics, to then conduct a brief historical review of domestic and international fashion, we began to delve into the topic. This scientific work addresses the constitutional protection of this standard and shall demonstrate through the use of statistical data, the results of the repressive policy, addressing the role of the state, the dealer and the user situation of narcotics. The monograph also in an unprecedented way, proposes a classification under the repressive rigidities that states use in counter-narcotics, to the following set, present the interpretation of current for the decriminalization of drugs for personal use, with factual examples of the use of policy decriminalization in several countries. Finally, performs a prediction for the future of legal interpretation and rules used in Brazil, based on the data collected.

**Keywords:** Criminal Law. Constitutional. Drugs. Drug dealer. User. State. Legalization. Decriminalization. Human rights.

## LISTA DE FIGURAS

**FIGURA 1** – Tabela de penalidades devido a porte de entorpecentes no Reino Unido

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TERMO “DROGAS ILÍCITAS”</b> .....	13
<b>3</b>	<b>HISTORICIDADE DA ILICITUDE</b> .....	17
3.1	Plano Internacional.....	17
3.2	Plano Nacional .....	19
<b>4</b>	<b>TUTELA CONSTITUCIONAL E USO PENAL</b> .....	25
<b>5</b>	<b>DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343 DE 2006</b> .....	29
<b>6</b>	<b>GUERRA AO TRÁFICO E SEUS FRUTOS</b> .....	34
6.1	O Traficante e sua Atuação.....	37
6.1.1	O lucro do tráfico, risco por louros.....	39
6.1.2	Traficante e as organizações criminosas .....	40
6.1.3	O pequeno traficante .....	42
6.3	O Usuário e Sua Situação .....	43
6.4	Saldo Final da Guerra Contra Entorpecentes.....	45
<b>7</b>	<b>AS POSSÍVEIS MUDANÇAS E SUAS FACES</b> .....	47
7.1	A Teoria da Rigidez Absoluta .....	48
7.2	A Teoria da Rigidez Moderada.....	51
7.3	A Teoria da Flexibilidade Moderada.....	53
7.4	A Teoria da Flexibilidade Absoluta ou Legalização por Omissão.....	54
7.5	A Teoria da Legalização Própria .....	55
<b>8</b>	<b>CORRENTES DE LIBERAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL</b> .....	57
8.1	Confronto Entre Saúde Pública e Intimidade.....	59
8.1.1	Ausência de dano à saúde pública.....	63
8.2	Uso de Drogas Como Problema Exclusivamente de Saúde Pública.....	64
8.3	Legalização das Drogas por Parte do Estado .....	66
<b>9</b>	<b>RESULTADOS DA DESCRIMILIZAÇÃO PELO MUNDO</b> .....	69
9.1	Uso de Drogas na Holanda .....	69
9.2	Uso de Drogas no Uruguai .....	71
9.3	Uso de Drogas na Argentina .....	73
9.5	Uso de Drogas na Jamaica .....	74
9.6	Uso de Drogas nos Estados Unidos.....	75
9.7	Uso de Drogas em Portugal .....	77

<b>10</b>	<b>INDICADORES SOBRE O FUTURO DA INTERPRETAÇÃO BRASILEIRA</b> ....	<b>80</b>
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>83</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBILHOGRÁFICAS</b> .....	<b>86</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo abordar a interpretação das diretrizes adotadas pelos Estados, em contexto mundial ou doméstico, no combate aos entorpecentes considerados ilícitos. Analisando os resultados das inúmeras políticas adotadas, em uma conjuntura legal e social.

Urge salientar que a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como a Lei Antitóxicos, faz no ano de publicação desta pesquisa uma década, e, mesmo com esse lapso temporal, existem várias discussões sobre a aplicabilidade do regimento normativo. É um terreno relativamente nebuloso, com posições doutrinárias das mais diversas. E com isso em mente, começaremos a exposição desta pesquisa.

Nesta pesquisa, foram utilizados vários métodos de estudo, tais como históricos, lógicos, estatísticos e até mesmo dedutíveis, para demonstrar de forma mais cristalina a análise a respeito do tema.

O primeiro capítulo trata da delimitação do termo “droga” a ser utilizado neste trabalho, sendo necessário determinar a abrangência do termo para a melhor utilização nesta pesquisa, já que a referida palavra pode ser transmutada para diversos significados deste. Sendo utilizada uma análise histórica e normativa para definir a abrangência do objeto.

O segundo capítulo apresenta uma breve recapitulação acerca da historicidade da ilicitude em relação aos entorpecentes, apresentando o plano internacional e, em seguida, o plano doméstico brasileiro.

O terceiro capítulo disserta uma explicação sobre a tutela constitucional do artigo 28, da Lei 11.342/2006, e ainda, durante o desenvolvimento do assunto, aborda uma conjectura contrária à teoria da despenalização do referido dispositivo, e, por seguinte, sua descriminalização.

O quarto capítulo desenvolve uma análise de um dos principais motivos da construção das discussões sobre a flexibilização das formas de combate aos entorpecentes: Os resultados das políticas de combate repressivas.

Temos nessa fase do estudo, os tópicos relacionados aos dados gerais sobre o combate, a situação dos usuários e traficantes e inclui, em seu final, um saldo finalístico sobre os dados reunidos.

No quinto capítulo, este estudo propõe uma classificação inédita acerca dos níveis de repressão utilizados de maneira global. Separando-os em cinco níveis, chamados de: Teoria da Rigidez Absoluta, Teoria da Rigidez Moderada, Teoria da Flexibilidade Moderada, Teoria da Flexibilidade Absoluta e, por fim, a Teoria da Legalização Própria.

A seguir, no capítulo numerado como sexto, este trabalho de graduação descreve várias correntes de liberação de entorpecentes e seus seguintes entendimentos, avaliando suas justificativas, tanto de forma normativa quanto de forma social, acerca das reivindicações que estão sendo feitas.

Durante o sétimo capítulo, este trabalho abordará os resultados da aplicação de uma política voltada à descriminalização de entorpecentes, sendo abordados em continentes diferentes, com culturas diferentes. Este estudo irá abordar a Holanda, o Uruguai, a Argentina, Portugal, a Jamaica e os Estados Unidos.

Por fim, existe uma breve conclusão sobre o futuro da interpretação brasileira quanto ao assunto de utilização de entorpecentes, destinando-os para o uso pessoal.

Ao fim deste estudo, espera-se uma melhor elucidação dos fatos em meio à neblina que impera sobre este tópico, trazendo uma visão alternativa em relação ao tema abordado.

## 2 DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TERMO “DROGAS ILÍCITAS”

De proêmio, para uma cognição mais eficaz com relação a este trabalho, é necessário o discernimento da caracterização do termo “drogas” que será utilizado neste breve estudo, e de acordo com a necessidade deste, definindo e delimitando o aludido termo.

A definição da palavra “*droga*”, como a maioria das palavras e expressões utilizadas em nosso vocabulário contemporâneo, possui uma narrativa histórica muito mais antiga do que aparenta.

Pode-se dizer, primeiramente, que, o termo é uma variante da palavra holandesa “*droog*”, que tinha seu significado relacionado à expressão “produtos secos”, já que possuía função de designar uma vasta série de produtos e substâncias naturais, as quais eram, em sua grande maioria, folhas secas comumente utilizadas na alimentação e da medicina, durante os séculos XVI ao XVIII.

Contudo, o termo também foi utilizado no meio da arte da tinturaria, tal qual foi definido pelo *Diccionario da Lingua Portugueza Recopilada*, de Antonio de Moraes Silva, datado de 1813, que define o termo droga como: “Todo o gênero de especiaria aromática; tintas, óleos, raízes oficiais de tintura, e botica. Mercadorias de lá, ou seda”.<sup>1</sup>

O aludido termo “droga” foi utilizado, ainda, durante a era das grandes navegações, das colonizações, designando substâncias específicas que, caso fossem consumidas, geravam prazer, sendo aludido termo relativamente semelhante a outro, chamado de “especiaria”, este que define uma série de produtos que eram estranhos, ou mesmo incomuns à Europa naquela época.

Entretanto, com o passar de tempo, as noções sobre o termo foram se especializando e modificando e, atualmente, baseando-se em informações de classificação retiradas da própria Organização Mundial da Saúde (OMS), o termo droga tem relação com qualquer substância não sintetizada pelo organismo que tem

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37578/28.pdf?sequence=1>>  
Acesso 21.10.16

a finalidade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, resultando em alterações funcionais.<sup>2</sup>

A nomenclatura pode, na verdade, variar, sendo sinônimo de entorpecentes ou mesmo narcóticos. Existindo, ainda, milhares de subclassificações em relação às diversas espécies de drogas existentes.

Mas o caminho de seu descobrimento e utilização por parte da humanidade data de muito antes de sua antiga nomenclatura, já que o consumo de drogas foi, por muito tempo, relacionado a cultos religiosos dos mais diversos.

Existem pesquisas e descobrimentos, que demonstram indícios de uso de psicotrópicos que datam de dez mil, até mesmo quinze mil anos atrás, os quais os aludidos entorpecentes eram utilizados como instrumentos para conectar o mundo imaterial (espiritual) ao mundo material (real), variando em uma série de diversos rituais, sendo grande parte deles religiosos.

Nada obstante, com o decorrer das eras, seus inúmeros efeitos foram estudados e avaliados de maneira mais profunda, o que resultou no descobrimento de diversos ramos para seu uso, nos quais as drogas foram utilizadas das mais diversas maneiras, para fins festivos, sacramentais, e até mesmo medicinais, o que atraiu interesse cultural e comercial em praticamente todas as faces do mundo.

Com essa definição ampla e meios de utilização incalculáveis, “*droga*” constitui um termo que pode abranger tanto medicamentos controlados, com utilização especializada em medicina para a correção de problemas de saúde, ou mesmo drogas utilizadas puramente para o lazer, na qual o usuário se emprega de seus efeitos modificadores no organismo visando o deleite próprio. Não deixando de esquecer os rituais de incontáveis religiões, que ainda utilizam tais métodos em seus cultos.

Assim, o termo “*drogas*” tem uma definição muito ampla. O trabalho aqui exposto terá seu foco em drogas consideradas ilícitas.

Para delimitarmos a discussão, devemos levar em conta que as drogas consideradas ilícitas, são entorpecentes que segundo o critério legal instaurado

---

<sup>2</sup> Disponível em: < <http://www.arturnogueira.sp.gov.br/wp-content/uploads/2015/01/DROGAS.pdf>> Acesso 21.10.16.

proíbe sua comercialização, distribuição e utilização. A lista de entorpecentes específicos pode ser diferenciada de acordo com a região do globo que é discutida.

No Brasil, *in casu*, as drogas ilícitas que tem sua caracterização e delimitação na Lei 11.343, de 23 de Agosto, do ano de 2006, onde define em sua regulamentação:

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.

Como se pode perceber, a lei determina que são consideradas como drogas ilícitas aquelas especificadas em lei ou determinadas em listas atualizadas pelo Poder Executivo da União.

Tal lista é esculpida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que cria atualizações constantes no que tange as espécies de substâncias que são consideradas como ilícitas, tal como a lei diz, configurando-se as edições na lista através de inúmeras portarias.

Explicam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto de Carvalho:

Para tanto, deve-se ter em mente que, para fins penais, drogas são substâncias ou produtos capazes de causar dependência (conforme dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006) e, mais especificamente, drogas são as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, por enquanto previstas na Portaria SVS/MS 344/1998 (art. 66 da Lei 11.343/2006)<sup>3</sup>

A lei, assim, é considerada uma norma penal em branco, que necessita de uma complementação além de seu texto legal, baseando-se em outras escrituras legais, no caso, a lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para a sua devida aplicação e entendimento.

Tal qual leciona Rogério Greco:

---

<sup>3</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2012. p.24

normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma – leis, decretos, regulamento etc – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição da lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação.<sup>4</sup>

Assim, é delimitado o assunto, principalmente no que se diz acerca no território brasileiro, pode-se prosseguir com o estudo.

---

<sup>4</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral, 6. Ed., Niterói-RJ, Impetus, 2006, V.I, p.25

### 3 HISTORICIDADE DA ILICITUDE

Para analisar o desenvolvimento das políticas de combate às drogas, é extremamente necessário observar dois escopos diferentes. Primeiramente, o plano global internacional, onde a historicidade e ilicitude tem um desenvolvimento que vêm de milênios afínco.

Em seguida, o plano nacional, sendo este algo mais íntimo à legislação brasileira através das décadas e modificações na legislação, chegando ao ponto que conhecemos atualmente.

#### 3.1 Plano Internacional

Podemos notar que o consumo de droga, durante muitos milênios, não tinha qualquer controle de consumo, ou mesmo de distribuição, tornando sua mercancia e utilização algo sem uma legislação específica.

As medidas de controle e repressão às drogas são relativamente recentes, surgindo apenas no início do século XX tentativas com o objetivo de reprimir o uso de entorpecentes em âmbito polinacional.

A primeira dessas medidas foi a conferência de Xangai, que em 1909, reuniu 13 países com o objetivo de buscar uma solução em relação ao ópio indiano que produzia efeitos em território chinês. Contudo, as medidas discutidas em tal conferência internacional não obtiveram eficácia imediata.<sup>5</sup>

No final do ano de 1911, ocorreu em Haia, a primeira convenção Internacional do Ópio, que também visava o controle da substância. Contudo, as execuções de suas decisões foram muito prejudicadas pelo surgimento da I Guerra Mundial<sup>6</sup>, só podendo ter algum efeito notado a partir de posteriormente.

---

<sup>5</sup> SILVA, Luiza Lopes da. A Questão das Drogas nas Relações Internacionais. Brasília: FUNAG, 2013. p. 78

<sup>6</sup> Idem. p. 81

Em 1921, ainda, foi criada pela recém fundada Sociedade das Nações devido a sua convenção constitutiva, a *Comissão Consultiva do ópio e outras drogas nocivas*.

Outro ponto de destaque é a realização de inúmeras convenções, incluindo a Convenção de Genebra, que resultou no acordo, envolvendo diversos países, que estabeleceu a obrigação destes de tomarem providências visando proibir, em âmbito nacional, o alastramento da dependência de entorpecentes. Entretanto, as obrigações estabelecidas não foram muito efetivas, tanto pela falta de entendimento internacional sobre o assunto, quanto aos interesses econômicos, que na época eram incompatíveis com tais medidas.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a ONU (Organização das Nações Unidas) foi criada, e com ela também veio uma índole de restrição aos entorpecentes, que resultou em várias convenções para tratarem do assunto.

Podemos notar uma súbita preocupação com as drogas a partir desse momento. As convenções realizadas após a criação da ONU demonstram isso claramente.

Podemos observar que na *Convenção Única de Nova York Sobre Entorpecentes*, desenvolveu-se um total de cinquenta e um artigos relacionados a entorpecentes, classificando-os, segundo suas propriedades, em cinco listas, definindo variações de entorpecentes e os rotulando quanto ao seu uso e grau de periculosidade. Estabelecendo medidas de controle e fiscalização, prevendo sérias restrições aos entorpecentes considerados perigosos.

Ainda disciplinou o procedimento para a inclusão de novas substâncias que devam ser controladas e fixou o papel das Nações Unidas como competente na fiscalização internacional de entorpecentes.

O controle internacional sobre os entorpecentes deu passos largos com as convenções e acordos seguintes, como a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas (Conhecida como convenção de Viena), realizada no ano de 1971, que passou ditar sobre a preparação, uso e comércio de psicotrópicos.

No ano seguinte, em Genebra, firmou-se o Protocolo de Emendas modificadoras à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, para torná-la mais efetiva. Alterando, com isso, a composição e as funções do Órgão Internacional de

Controle de Entorpecentes, e ampliando as informações necessárias para controle da produção de entorpecentes naturais e sintéticos. Ainda, destacou a obrigação de tratamento a ser fornecido aos toxicômanos.

Em 20 de dezembro de 1988, foi concluída, em Viena, a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, que visou fortalecer os meios jurídicos efetivos de repressão ao tráfico ilegal de entorpecentes, aditando as convenções anteriores e acrescentando mais substâncias ao rol de entorpecentes controlados.

Outras convenções vieram a tratar do assunto, e sua imensa maioria visou encontrar meios mais eficientes de controle repressivo ao tráfico de drogas e a conscientização da sociedade.

### **3.2 Plano Nacional**

Com o capítulo da evolução da legislação internacional em relação às drogas, que estando brevemente desenvolvida, pode-se passar a análise da evolução da legislação intranacional e sua relação com a venda e uso de entorpecentes.

É possível traçar os antecedentes das leis combativas a antecedentes em vários momentos históricos brasileiros.

Podemos citar primeiramente as Ordenações Filipinas, que foi o mais duradouro código legal português, promulgadas em 1603, por Filipe I, monarca português e continuando a ser vigente por mais de dois séculos, mais precisamente, até 1830 onde foi substituído pelo ordenamento do Código Penal Brasileiro Imperial. Em seu título LXXXIX, descrevia "Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso".<sup>7</sup>

Nesse trecho temos uma alusão a proibição de venda e mantimentos de produtos considerados tóxicos, que em nosso tempo contemporâneo, já os descrevemos como entorpecentes ilegais.

---

<sup>7</sup> CARRICONDO, Bruno Stafuzza. Apontamentos sobre a lei nº 11.343/2006: aspectos críticos e sociais. 2007. - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2007

Seguindo com a evolução histórica legal das leis envolvendo drogas no Brasil, podemos elencar, de forma breve o Código Criminal do Império, que apesar de não tratar diretamente da matéria, em 29 de setembro de 1851, disciplinou o tratamento da polícia sanitária e, ainda, da mercancia de substâncias medicinais, que, imperativamente, estão envolvidas como sendo entorpecentes.

Seguindo o tópico, passa-se a anotar o Código de 1890, que tipificou em seu artigo 159, integrado no Capítulo III (Dos crimes contra a saúde pública), do Título III (Dos Crimes contra a tranquilidade pública), o seguinte: "Expôr à venda, ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades prescritivas nos regulamentos sanitários".<sup>8</sup>

Aqui, o dispositivo foi mais específico que demonstrados em legislações anteriores, visando a mercancia indiscriminada de "produtos venenosos" como seu objetivo de coesão, limitando-se a pessoas com autorizações capazes a venda de tais produtos. Pode-se concluir que a medida de sanção visava os boticários, para prevenir o uso de "veneno" para destinação ilícita. Nada pronunciava a respeito dos usuários.

Mas, apesar dos esforços legislativos, o dispositivo não foi suficiente para impedir a epidemia de uso de drogas que invadiu o Brasil, principalmente no início do Século XX. Também corrobora a pressão internacional derivada do surgimento das primeiras Convenções sobre entorpecentes.

Seguindo o exemplo dos acordos internacionais que estavam sendo desenvolvidos na época e sua gradativa evolução ao combate mais rígido ao mercado negro de entorpecentes, uma série Decretos foram implementados à nossa legislação, de modo que a tornou cada vez mais rígida em torno da fiscalização a este mercado oculto.

Estudos e normas restritivas que visavam a repressão de produção, tráfico e consumo de drogas, foram feitas. Chegando mesmo ao ponto de aplicação de medidas visando a internação e interdição civil de usuários de entorpecentes considerados ilícitos.

Outro marco para a legislação brasileira de combate ao uso de tóxicos, dá-se com a implementação do Código Penal de 1940, que alterou parte dos

---

<sup>8</sup> Idem.

decretos anteriormente implementados, na qual a matéria passou a ser tratada como crimes contra a saúde pública.

A legislação sofreu modificações, já em 1964, sob o regime ditatorial militar, onde foram acrescentados como ao de aspecto proibitivo o ato de "plantar" produtos ilícitos. A norma ficou com a seguinte descrição:

Art. 281. Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena - reclusão de dois a oito anos e multa de três a doze mil cruzeiros.

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

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

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - Utilizar local, de que tem a 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 de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

O Brasil, se adaptando a tendência mundial, promulgou em 1964 em sua legislação interna, a Convenção Única de Entorpecentes de 1961, a qual, trouxe uma lista muito mais complexa de entorpecentes ilegais que existia anteriormente.

O Estado Brasileiro também foi um dos pioneiros em equiparar drogas que causam dependência física ou psíquica, tais como anfetamínicos e alucinógenos, aos entorpecentes para fins penais, sendo o segundo país a realizar essa manobra, no ano de 1967, através do Decreto-Lei n.159.

Com a política de repressão sendo difundida de forma pouco paciente, houve uma intensificação na legislação no que tange à fiscalização dos laboratórios que produziam e manipulavam substâncias entorpecentes e seus equiparados.

Muitos estudiosos dizem, que nesse período histórico, durante a ditadura militar, houve uma transformação na forma que o Brasil tratava o combate

aos entorpecentes ilícitos. Anteriormente, utilizava-se um modelo considerado "Sanitário", no qual a droga e seus usuários eram tratados com uma política de combate venérea, como se fosse algo mais próximo a combater uma espécie de doença.

Mas com o surgimento de movimentos de contracultura e um modelo político autoritário, além das pressões políticas derivadas da guerra fria, tornou um cenário ideal para uma guerra do "Bem contra o mal", o "bem" representado pelas pessoas de boa índole e o "mal" representado pelos usuários de baixa renda e micro distribuidores de drogas.

Tal qual Vinicius Eduardo Queiroz descreve:

Tem-se aí, um novo capítulo na história de proibição das drogas psicoativas, onde a partir daí, o consumo destas substâncias passa então a ser tratado como questão de segurança nacional, enquanto o discurso médico-jurídico pela primeira vez tem mais relevância que o discurso moral, uma vez que já não se podia aceitar que tantos jovens estadunidenses fossem desprovidos de virtudes.<sup>9</sup>

A lei chegou a equiparar o porte para uso pessoal e para mercancia, mas o uso em si foi destipificado com a nova legislação, com o Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968, que alterou a redação do art. 281 do Código Penal.<sup>10</sup>

Outro passo para a compreensão da matéria, veio na forma da Lei 5.276 de 29 de outubro de 1971, que manteve a equiparação entre usuário e traficante, porém, aumentando a pena para 01 a 06 anos de reclusão. Também implementou o conceito de quadrilha no crime de tráfico de entorpecentes, em sua letra normativa, no parágrafo 5º, "Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos".

A norma trouxe, ainda, um tratamento diferenciado quanto ao usuário de entorpecentes, tratando o viciado como inimputável este fosse, devido ao seu vício, tornando a implicação ao ato de consumir drogas, o seu internamento para reabilitação.

Em seu artigo 1º a Lei convoca a nação em si, com sua população participando de forma ativa no cumprimento do dever legal, para a "*guerra contra as*

---

<sup>9</sup> QUEIROZ, Vinicius Eduardo. A Questão das Drogas Ilícitas no Brasil. UFSC, Florianópolis: 2008

<sup>10</sup> CARRICONDO, p.23

*drogas*", salientando a todos "colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica".

A partir desse ponto, o âmbito processual também mudou no caso de crime envolvendo tóxicos, já que houve a criação de um procedimento mais célere.

Em 1976 entra em vigor a Lei 6.368/76, assim revogando o antigo artigo 281 do Código Penal, definindo um modelo de lei especiais ao tratar desse assunto, refletindo as políticas adotadas internacionalmente através dos tratados e convenções.

As condutas e atos tipificados, de maneira geral, não mudaram, apenas notando-se um aumento de penas. E o dever jurídico da sociedade adotada no decreto-lei anterior resistiu, adotando nomes diferentes, substituindo a expressão "combate" por "prevenção e repressão".

O próximo grande passo foi dado na criação e implantação da Constituição Federal de 1988, onde encontramos, o art. 5º, inciso XLIII, no título dos direitos fundamentais, a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos, relacionando o delito a inafiançabilidade e a proibição de graça ou anistia.<sup>11</sup>

Ainda, no mesmo título de direitos fundamentais, é muito evidente a leitura do inciso LI do mesmo artigo, que fornece a devida autorização para a extradição do brasileiro naturalizado caso for "comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". A Constituição foi promulgada para se manter em harmonia com a convenção de Convenção de Viena de 1988.

No ano de 1990, é editada a Lei 8.072, que visa regulamentar e expandir o referido inciso XLIII, normatizando e adicionando a teia jurídica a Lei de Crimes Hediondos. Trazendo, além das restrições constitucionais, a proibição de progressão de regime, liberdade provisória e indulto, e o aumento de prazos da prisão temporária e para o livramento condicional, aos crimes relacionados ao tráfico de entorpecente.

A última mudança legislativa a ser notada na fase histórica deste estudo ocorreu em 23 de agosto de 2006, quando foi promulgada a Lei nº 11.343, a qual institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, o

---

<sup>11</sup> CARRICONDO, p. 25

qual tem o objetivo de prescrever medidas visando a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de entorpecentes. Ainda, estabelece diversas normas para o combate repressivo à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definindo crimes e outras providências.

A norma busca, ainda, avigorar o discurso médico jurídico, cultivando modelos de penas bem diversas para o mero usuário de entorpecentes, chegando a alguns doutrinadores interpretarem a despenalização do ato, somadas a penas mais rígidas para as condutas identificadas como tráfico de drogas.

Essa recente legislação, traz com ela uma forma um pouco mais madura de tratar o enigma relacionado aos entorpecentes, aplicando inúmeros adjetivos para lidar com o ato tráfico propriamente dito e, ainda, fornece uma breve definição deste.

Corroboradas com penas extremamente brandas envolvendo o porte de drogas destinado exclusivamente ao consumo pessoal.

Não resta qualquer dúvida de que a atual Lei Antidrogas, ou Lei Antitóxicos, trouxe novos paradigmas, e com eles incontáveis méritos. No entanto, apesar de tais avanços, é muito discutível se sua eficácia alcança as expectativas pelas quais o seu texto normativo foi formatado.

#### 4 TUTELA CONSTITUCIONAL E USO PENAL

Quando falamos sobre a lei de Antitóxicos (atual lei 11.343/06), é pacífico dizer que esse texto normativo foi desenvolvido e integrado ao nosso panorama jurídico com o objetivo de preservar e proteger o direito a saúde pública no território nacional.

E a referida lei, sendo esta constitucional, baseia-se no desejo de cumprir com o princípio fundamental de responsabilidade Estatal envolvendo saúde pública.

Primeiramente, é necessário entender que a saúde pública é um direito, positivado na expressamente nos artigos 6º e 196, do *códex* Constitucional, sendo um direito social e fundamental, é, de toda forma, um dever e responsabilidade do Estado.

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde é inerente ao indivíduo como ser humano, assim como sua vida e dignidade, sendo algo que deve ser protegido pelo Estado Democrático de direito, respeitando assim, os ideais de bem-estar humano que tanto se preza no texto normativo.

Como descreve José Adécio Leite Sampaio:

A Constituição assegura em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> SAMPAIO, José Adécio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.699-700

A Lei Fundamental do direito à saúde, não faz qualquer distinção em relação a esse tema, englobando o acesso universal a ações de acesso, proteção, prevenção e recuperação de saúde, tanto nos âmbitos individuais, quanto nos sociais em geral.

Segue-se as linhas traçadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo as quais, a saúde se assinala como o bem-estar físico da sociedade de modo geral, e não apenas como a ausência de enfermidades, mas aferindo outros elementos que podem vir a se tornarem prejudiciais.

Um desses elementos levados em conta é a disseminação das drogas consideradas ilícitas, pois, geralmente, quando se espalham, as drogas levam consigo um grande número de usuários, que acabam se tornando um estigma social devido ao seu vício, lentamente envenenando a sociedade como um todo.

Assim, com essa espécie de interpretação como foco, criam-se algumas formas de coesão infraconstitucional, não apenas para sanar a questão da proteção delegada na Constituição Federal, mas também sanar e respeitar os vários tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, que têm como foco também a coibição da venda e uso de drogas.

Com isso em mente, a Lei Antitóxicos é um dos braços legais utilizados para se alcançar o estado ideal de respeito à dignidade da pessoa humana, preservando-se a saúde pública, como direito fundamental social, coibindo de forma franca e preventiva a disseminação de drogas prejudiciais, sendo estas, como anteriormente referido, listadas em uma lista específica, desenvolvida pela ANVISA.

Tal qual em análise mais aprofundada, necessário que se considere o inciso XLIII do artigo 5º da Carta Magna, que assegura:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

É cristalina a preocupação do legislador constituinte com os direitos fundamentais, dentre eles a vida, a integridade física e, principalmente, com a saúde pública, no que se envolve a entorpecentes ilícitos. Não fosse assim, não

mencionaria expressamente no artigo 5º a vedação de fiança, graça ou anistia ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Assim, com amparo Constitucional, a lei Antitóxicos, além de estabelecer critérios sociais para coibir as drogas, também se apoiou nos ramos penais para impedir sua disseminação, tipificando uma série de comportamentos como atitudes puníveis na *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima), no direito penal propriamente dito.

Isso quer dizer que, para que o Direito Penal interfira, certos bens devem ser considerados como relevantes penalmente, e ainda, algo seja passivo de gravidade social absoluta, ficando afastados aqueles bens considerados como inexpressivos para a esfera penal. Conclui-se que, para o entendimento no momento em que foi criada a Lei, considerou-se que o assunto “entorpecentes” era algo passível de intervenção penal, algo que tem gravidade social relevante. Neste sentido, é lição de Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficiente medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.<sup>13</sup>

Ainda, segundo André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal.<sup>14</sup>

Dada a interpretação da lição dos doutrinadores acima citados, está cristalino que a atual conjuntura jurídica determinou que quando o assunto é o controle de drogas, para proteger o direito à saúde pública, utiliza-se o meio do

---

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

<sup>14</sup> ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106

direito mais danoso que se pode recorrer, o Direito Penal, para poder controlar alguns determinados comportamentos tipificados relacionados ao controle de entorpecentes ilícitos.

Essa linha de raciocínio ainda é apoiada pela jurisprudência atual:

Por tutelar interesse coletivo, se sobrepõe ao direito a intimidade. Assim, a posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ainda que para uso próprio, representa perigo para a saúde pública, que o legislador ordinário pode apenar sem ferir o direito à privacidade previsto no artigo. 5º, X, da CF” (TJRS, Ap. 698.029.790, 3ª Câ., rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 16-4-1998, RT 754/701).

Incluindo nesta linha de pensamento, o aludido artigo 28, da Lei Antitóxica, que visa coibir o usuário de entorpecentes, tentando impedir de forma penal as atitudes tipificadas no artigo.

## 5 DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343 DE 2006

Existe uma grande discussão quanto à despenalização do artigo 28 em meio à doutrina e a jurisprudência.

Nesta ótica, devemos individualizar por intermédio de conceitos simples, o que vem a ser Descriminalização, Legalização e Despenalização do porte de droga para consumo pessoal, já que é muito comum a confusão entre ambos os conceitos.

Essencialmente, descriminalizar consiste em retirar do globo jurídico criminal o ato de “*portar drogas para uso pessoal*”, descrito no *caput*, do artigo, deixando para outras esferas do direito brasileiro, tais como a civil e administrativa, e, ainda, para a consciência individual adotar a postura descrita. Ou seja, retirar da esfera criminal, altamente punitiva, a responsabilidade de se lidar sobre o assunto diretamente.

Com isso em mente, tem-se outro lado da moeda que é o ato de legalizar. Este tem como foco a autorização expressa para atuar da forma especificada, ou, de explicando de forma simples, uma autorização expressa legal ao porte de drogas consumo.

Enquanto isso, o ato de despenalizar a conduta não é a mera aplicação de uma pena branda ou pouco expressiva, como alguns autores dizem, mas sim a completa ausência de pena de um ato tipificado, até porque renegar uma pena pouco expressiva a um ato tipificado, seria desrespeitar os próprios pilares do Direito Penal, onde um de seus princípios diz que a pena deve ser proporcional ao ato realizado.

Passa-se a criação da Lei 11.343/2006, na qual foi clara a determinação do legislador de evitar, a qualquer custo, a aplicação da pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, já que não traria qualquer benefício ao indivíduo, ou à saúde pública a aplicação de medidas de restrição à liberdade nestes casos.

Tal qual dispõe o artigo:

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.

Como se vê, o artigo não prevê mais qualquer pena corporal diretamente. Este tipo pune o agente somente com penas alternativas, sendo estas não referentes a qualquer tipo de liberdade de locomoção propriamente dita.

Em razão deste tratamento demasiadamente brando, alguns cientistas do direito, passaram a defender que houve uma descriminalização da conduta, ou seja, *abolitio criminis*, embora a posse de droga para uso próprio não tenha sido legalizada.

Para tanto, argumenta-se que o referido delito não pode ser tratado nem como crime nem como contravenção, porque a sua parte sancionatória não tem previsão nas definições previstas no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal.

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.

Assim, segundo essa linha de raciocínio, como as sanções impostas no tipo penal em apreço são apenas alternativas, não previstas no artigo acima citado, a posse de droga para consumo pessoal não pode assunto abordado pelo direito penal.

Contudo, essa linha de pensamento está equivocada, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, dá base a tratamento do Artigo 28, como delito de carácter penal.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

Se encaixando perfeitamente nas alíneas 'c' em diante, classificado assim como pena, caindo a tese de despenalização. Uma vez que a despenalização consiste em algo que não tem pena, é incongruente afirmar que o artigo 28, da Lei 11.343/2006, teve sua despenalização, uma vez que a forma da pena está claramente descrita em nossa Carta Magna com uma forma verídica de punição.

Ainda, pode corroborar, o pensamento do Doutrinador Vicente Greco Filho:

As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa (...)<sup>15</sup>

Assim, utilizando os preceitos de proporcionalidade, pode-se dizer que, meramente, a pena, mesmo que se branda, se adapta a situação específica, sendo para nossos legisladores a medida adequada e proporcional a ser adotada em vista do ato tipificado.

Tal qual Ávila, igualmente, explica os conceitos supracitados, objetivamente:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.<sup>16</sup>

Quando uma pena é considerada branda, quer dizer que, segundo os poderes legislativo (que manufacturou a legislação) e executivo (que, via de regra, aprova e executa a legislação), a ligação do ato realizado pelo agente utiliza do princípio da proporcionalidade de forma eficaz, o ligando às consequências

---

<sup>15</sup> FILHO, Vicente Greco. Tóxicos: prevenção e repressão, 14º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.158

posteriores, resultando assim em uma pena propriamente dita, mesmo que branda e sem muitas consequências ao agente, é devidamente proporcional a ação *in lato senso*, e, assim não pode ser considerado um tipo despenalizado.

Outro atributo que deve ser notado é sobre a sua que se refere a teoria descriminalização é decidir se o tratamento, em relação a quem porta droga para o consumo pessoal, deve ser através de aplicação de medidas penais ou extrapenais.

Não existe descriminalização, uma vez que mesmo que o porte de drogas para consumo pessoal seja tratado, hoje em dia, como um crime de menor potencial ofensivo, utilizando o procedimento do Juizado Especial Criminal, ainda é tratado na esfera penal.

Além disso, houve uma preocupação dos legisladores em alterarem o texto inicial da proposta, que previa “medidas educativas” ao invés de “penas”, para que a interpretação visando a descriminalização do referido tipo.

Tal qual explicam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Importante verificar que a redação inicial do projeto sequer chamava estas sanções de pena, mas sim de “medidas educativas”. De ultima hora o texto foi modificado na Câmara dos Deputados para se alterar a expressão “medidas educativas” por “penas”. A redação foi modificada porque se temia que a utilização da expressão “medida educativa” pudesse ser considerada como a descriminalização da conduta do crime de porte de droga para consumo próprio (...)<sup>17</sup>

Ainda existe uma política, facilmente detectável, de criminalização do usuário, que corrobora nessa linha de raciocínio, já que como todo delito penal, ele pode afetar negativamente sua pena para crimes posteriores, gerando maus antecedentes e reincidência nesses casos, característica esta própria de delito penal.

Neste sentido, coleciono entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

4. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.

---

<sup>17</sup> MENDONÇA, CARVALHO p.68

5. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como se afastar da condenação do paciente a agravante genérica da reincidência, como pretendido. (STJ – HC – Rel. Rogerio Schietti Cruz – HC Nº 219.532 - SP 2011/0227887-9).”

Assim, não tratar atualmente o delito estudado como crime propriamente dito é algo que não deve ser admitido nesse estudo, uma vez que não é um ato despenalizado, legalizado ou descriminalizado no momento, retirando tal barreira, permite um desenvolvimento mais fluente do trabalho a ser relatado aqui.

## 6 GUERRA AO TRÁFICO E SEUS FRUTOS

Como vimos anteriormente, o histórico da política de combate aos entorpecentes tem uma história já desenvolvida, iniciando-se no começo do século XX, perdurando até os dias atuais, com uma grande e crescente rigidez no decorrer do século (principalmente depois que, o presidente estadunidense Richard Nixon declarou oficialmente a guerra contra as drogas em 1971).

Contudo, a política combativa vem sido alvo de uma recentemente flexibilização em diversos países, que outra hora demonstravam maior rigor quanto ao duelo contra as drogas ilícitas.

Essa perda de rigidez perante o tema de entorpecentes é um fator diretamente relacionado com a proposta de descriminalização, e até mesmo legalização, do porte de drogas para uso pessoal, que vem ganhando muitos apoiadores e opositores, quanto mais a discussão se acentua.

Tal proposta tem seu pilar de cognitivo na análise dos rendimentos, custos e frutos da guerra contra a disseminação de entorpecentes a nível mundial, onde, segundo essa corrente, não se tem um panorama muito favorável para a estratégia repressiva que havia sido executada até então, sendo considerada uma guerra perdida.

É, portanto, imprescindível analisar tal argumento em números.

Segundo a ONU, o narcotráfico movimenta cerca, ou até mais, de 400 bilhões de dólares por ano<sup>18</sup>. Este número parece muito razoável se colocar em perspectiva que o próprio FMI (Fundo Monetário Internacional), em 2008, afirmou que cerca de 352 bilhões de dólares<sup>19</sup> do comércio de drogas haviam sido absorvidos pelo sistema bancário do global.

Como comparação, estima-se que, no início dos anos 2000, a indústria farmacêutica global faturava por volta de 300 bilhões de dólares<sup>20</sup>, número este que representa 25% a menos que o arrecadado pelo narcotráfico. Tais números

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-hora-de-pensar-diferente-1489.html>> Acesso: 22.10.16.

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-as-drogas-resultaram-em-um-genocidio-e-prisoas-em-massa-4739.html>> Acesso: 22.10.16.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-o-que-fazer-a-respeito>> Acesso 22.10.16.

demonstram o poder do valor do mercado ilícito de entorpecentes, mesmo perante a um mercado lícito muito lucrativo.

Ainda, de acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas da ONU, cerca de 5% da população mundial<sup>21</sup> é ou foi consumidora de alguma espécie de entorpecente. O que significa que cerca de pelo menos 350.000.000 de pessoas estão ligadas ao mercado ilícito de drogas, e esse número parece ter um crescimento estável apesar das inúmeras medidas para sua contenção.

Sendo considerado, assim, certamente um dos setores econômicos mais viáveis e lucrativos existente no planeta, com milhões de clientes em potencial, mesmo atuando na ilegalidade e sendo reprimido em grande parte do mundo, atuando pelas sombras e de lá retirando seus ganhos.

Enquanto as organizações criminosas apenas retiram os seus louros de sua atuação de forma extremamente produtiva, os custos das Nações combatentes apenas crescem a nível global.

Como podemos ver, por exemplo, no caso dos Estados Unidos, que hoje é o país que mais tem custos relacionados ao combate, que na década de 1980 despendeu 2 bilhões de dólares nesse confronto. Contudo, no início do novo milênio, o mesmo governo já gastava cerca de 20 bilhões neste duelo, apenas na esfera federal, sem contar os gastos semelhantes, em termos de valores totais, feitos por Estados e Prefeituras em seu próprio território<sup>22</sup>.

Todo esse esforço não renderam os frutos desejados, já que dados colhidos no início do segundo milênio traduzem que apenas 20% das drogas em circulação conseguem ser apreendidas pelas forças policiais<sup>23</sup>. Tal número demonstra que a repressão estatal, apesar de seus contínuos esforços, não impede que os entorpecentes acabem nas mãos dos usuários, e que, por seguinte, a contraprestação chegue ao narcotráfico, sustentando os criminosos.

Levando apenas em conta tal esforço de combate direto às organizações do tráfico e suas ramificações, nota-se um custo altíssimo, mesmo após a apreensão das drogas consideradas ilícitas. Apontado no crescimento

---

<sup>21</sup> UNODC, World Drug Report 2012. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/WDR\\_2012\\_web\\_small.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/WDR_2012_web_small.pdf)> Acesso: 22.10.16.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://super.abril.com.br/saude/drogas-o-que-fazer-a-respeito/>> Acesso 22.10.16.

<sup>23</sup> Idem.

exponencial da população carcerária nos Estados Unidos, resultando em uma grande parcela destas, com a liberdade restrita devido sua relação com o tráfico de drogas.

Os números no Brasil apresentam uma variação semelhante. O Conselho Nacional de Justiça, segundo dados do ano de 2014, relatou que há no país um total de 563.526 presos<sup>24</sup>, sem ao menos contar aqueles que estão em prisão domiciliar, colocando-o como país com a quarta maior população carcerária do planeta, e grande parte desses números se deve ao combate incisivo aos entorpecentes.

Como descrevem Jessica Carvalho Morris e Henrique Apolinário, respectivamente diretora-executiva e assessor do programa de Justiça da ONG Conectas Direitos Humanos:

De 2005 até dezembro de 2014, segundo dados do Ministério da Justiça, a população carcerária teve um salto vertiginoso de 111,4%, ultrapassando a marca de 620 mil presos. Isso colocou o Brasil na vergonhosa posição de quarto país com a maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos EUA, China e Rússia.

Em 2005, o percentual de pessoas incriminadas por tráfico de drogas correspondia a 11% da população carcerária. Em 2014, segundo dados do Infopen, esse número alcançou 27%. Se considerarmos apenas as mulheres, o impacto foi ainda mais cruel: 64% das presas no Brasil respondiam por tráfico de drogas.<sup>25</sup>

Este aumento exponencial da população carcerária leva a um aumento das despesas para o Estado, já que para manter um indivíduo encarcerado há um custo bastante elevado, onde o Estado passa a ser o fornecedor de todas as condições de sustentação de vida de forma razoavelmente digna para o encarcerado (mesmo o Brasil não sendo um modelo ideal de realidade de tratamento e respeito aos Direitos Humanos dos encarcerados)

E isto leva a custos. Como cita o GECAP-USP (Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo):

De modo geral, estima-se que um preso custe mensalmente para um Estado-Membro, cerca de R\$ 1.500,00. Esse valor pode triplicar em caso de preso inserido num presídio federal. Existem cálculos que apontam valores

---

<sup>24</sup> DMF. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. CNJ, Brasília, 2014.

<sup>25</sup> Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/23/opinion/1471971725\\_335436.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/23/opinion/1471971725_335436.html)> Acesso em 26.09.16.

bem superiores a R\$ 1.500,00 por mês. Um cálculo elaborado pela 1ª Vara das Execuções Criminais de São Paulo-SP apontou um gasto médio de R\$ 733,62/preso/mês no Estado de São Paulo, para o ano de 2006. A mesma Vara elaborou cálculo de custos para a criação (construção) de uma vaga, tendo chegado ao valor de R\$ 38.112,31 válidos para maio de 2007.<sup>26</sup>

Pode-se concluir que existe um crescimento exponencial em todas as frentes de combate. Tanto no combate direto aos entorpecentes com ações de cunho repressivo, quanto na manutenção do regimento de combate.

E mesmo diante de todos esses esforços, não há sinais de melhorias quanto ao número geral quando se trata do uso de entorpecentes a nível mundial, os números e resultados até então, estão visivelmente aquém do esperado.

## 6.1 O Traficante e sua Atuação

Primeiramente, para se tornar possível a discussão quanto ao traficante, é necessário identificar que é esse indivíduo de forma legal.

Como é de comum conhecimento, sabe-se que o traficante é aquele que pratica a mercancia de entorpecentes ilícitos ou mesmo controlados, sem qualquer determinação ou autorização legal e regulamentar.

Podemos retratar essa definição de atuação no meio brasileiro no artigo 33, da Lei 11.343/2016:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - Importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - Semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

---

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/44-custos-da-prisionalizacao-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>> Acesso 26.09.16.

III - Utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Como podemos notar no artigo de lei acima, é considerado traficante, segundo a legislação brasileira, qualquer sujeito que, de alguma forma, pratique os verbos descritos no artigo.

Valendo-se destacar que o legislador inclusive integrou condutas intermediárias a mercancia, que não tem exato objetivo de lucro, como parte do tipo penal referido, como penas abrandadas, tais como os verbos: “Induzir, instigar, auxiliar alguém ao uso indevido de droga e oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro”.

A legislação brasileira criou uma categoria intermediária entre o usuário e o traficante, para garantir a segurança jurídica do regramento, que em formas anteriores da norma era duramente criticada, tal qual descreve Damásio de Jesus:

O art. 33 descreve alguns fatos que não são estritamente ligados ao tráfico, como a cessão gratuita e o induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga. O legislador agiu bem ao definir, como conduta intermediária entre o tráfico e o uso, crime, de gravidade punitiva média, cessão ou divisão de entorpecente ou substância análoga e de auxílio ao uso indevido, com pena inferior à do *caput* do art. 33 e superior à do art. 28. A legislação anterior não procedia dessa maneira, e já alertávamos, nas edições anteriores desta obra, a respeito da falha daí decorrente.<sup>27</sup>

Trata-se do traficante sem lucro, usuário instigador, ou meramente instigador. Que tem peso social em atrair um novo público para que estes tenham contato com os entorpecentes.

<sup>27</sup> JESUS, Damásio de. Lei antidrogas anotada: Comentários à Lei 11.343/2006 – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 75

Como há de se notar, o indivíduo traficante pode ter diversos contornos, inclusive quando se trata dos lucros destes produzidos, como veremos a seguir, focando-se nos traficantes que têm o objetivo de lucro de suas atividades ilícitas.

Tal como Richard Kanner classifica: O traficante é aquele indivíduo que exerce a compra e venda do tóxico como profissão, principal ou não, e que obtém lucro financeiro com tal comércio. Este elemento pode ser, ele próprio, toxicômano ou não.<sup>28</sup>

### 6.1.1 O lucro do tráfico, risco por louros

O lucro dos traficantes tem uma relação direta com uma palavra: “perigo”.

Primeiramente, para todo produto que existe no mercado (tanto ilegal quanto legal), é necessária uma demanda, e para o mercado de drogas essa demanda é garantida, e, além disso, está em crescimento, já que existe um número extremamente alto de usuários em todo o mundo, e estes que têm grande conveniência quanto aos preços dos produtos, devido ao comum vício entre eles, que de fato sentem *necessidade* em consumir os psicotrópicos.

Dito isso, o valor do entorpecente propriamente dito tem uma relação direta com os riscos nos quais os traficantes têm que passar no deslocamento das drogas para que ela chegue aos usuários, formando um preço efetivo, ou *shadow price*, elástico.

Como dita Lia Santos Chitolina:

Convém destacar que qualquer investigação da elasticidade-preço da demanda leva em consideração somente o preço ‘em moeda’ de algum bem, no entanto, como este trabalho investiga uma mercadoria que circula em mercado clandestino, deve-se levar em consideração, além do preço medido em unidades monetárias, a existência de outros fatores importantes que também afetam a demanda, ou seja, o correto seria analisar o preço ‘efetivo’ da mercadoria, mais conhecido como ‘shadow’ price. Este preço efetivo da droga incluiria componentes como: risco percebido tanto na

---

<sup>28</sup> KANNER, Richard. **Características da personalidade do toxicômano**. Drogas e drogados: o indivíduo, a família, a sociedade/ Amauri M. Tonucci Sanchez. EPU : São Paulo, 1982.

compra quanto no consumo do bem, a probabilidade de ser preso, condenado ou pagar multa, assim como o tempo de 'busca' envolvido, como sugerem Bowmaker e Heiland (2005)<sup>29</sup>

Colocando em palavras simples, o risco de atuar nas sombras de uma legislação repressiva se traduz em lucros para o traficante que se submete a esses riscos.

A cada barreira repressiva ultrapassada, aumenta-se o valor final do produto propriamente dito, saindo do seu local original de produção, o entorpecente infla seu preço conforme vai se distanciando de sua área de origem.

Bastando observar a trajetória dos entorpecentes e seu súbito crescimento de preço, como podemos observar a droga base da heroína, o *ópio*, que é tradicionalmente ilegal, segue o seguinte paralelo:

O produto, que irá se tornar a base da heroína, tem o preço de 90 dólares no Afeganistão, local próximo ao ponto de inicial de produção, enquanto nos Estados Unidos, o mesmo produto, importado através de redes nebulosas e ilegais, passando por inúmeras barreiras, tem o preço de 290.000 dólares. Destes altos preços, cerca de 90% passam a ficar com o traficante local.<sup>30</sup>

Isso demonstra que a atual legislação se torna, ainda, um antro de aumento de lucros para os traficantes bem-sucedidos em sua empreitada, durante a tentativa do Estado de repressão à mercancia de tais entorpecentes.

### **6.1.2 Traficante e as organizações criminosas**

O primeiro perfil a ser analisado por este trabalho é do traficante de entorpecentes bem-sucedido, que consegue organizar os seus imensos lucros e aparelhar uma 'rede' voltada a facilitar as empreitadas criminosas que lhe sustentam.

---

<sup>29</sup> CHITOLINA, Lia Santos. A Economia das Drogas Ilegais: Teoria, Evidência e Políticas Públicas. UFRS: 2009

<sup>30</sup> Disponível em: <<http://super.abril.com.br/saude/drogas-o-que-fazer-a-respeito/>> Acesso 22.10.16.

Basicamente, com essa entrada de lucros exorbitantes a custo de perigo eminente, temos a manifestação quase que natural desse fenômeno, o surgimento de 'redes' para facilitar o delito, também chamadas de organizações criminosas.

Conceituadas por Alberto Silva Franco:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem carácter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou flagilizar os Poderes do próprio Estado.<sup>31</sup>

Organizações estas que podemos dizer que atualmente estão se tornando mais institucionalizadas para diminuir o seu risco, sem perder os lucros de seu comércio, e investem cada vez mais no ramo internacional para aumentar os seus ganhos, tentando integrar a atividade do tráfico de drogas sob um pano de licitude.

Tal qual descreve, ainda, Jorge G. Casteñeda:

O narcotraficante atual está cada vez mais diferente daqueles jovens com pulseiras de ouro cintos largos, anéis brilhantes. Tornou-se um executivo, um empresário moderno, que se dedica a um negócio altamente lucrativo. Estão participando ativamente da vida econômica de vários países, assim como da vida política. Marcam presença principalmente nos processos de privatização, não só para "lavar dinheiro", senão sobretudo para incorporar-se na vida institucional de cada país e deste modo buscam uma convivência pacífica, evitando-se a guerra fratricida e sangrenta.<sup>32</sup>

Assim, nota-se um traficante ligado a outros criminosos, com maior faturação e zona de atuação delituosa. Além de, com o passar do tempo, ser cada

---

<sup>31</sup> Boletim IBCCrim n. 21, Extra, p. 5.

<sup>32</sup> El País Internacional de 04.09.95, p.7

vez mais institucionalizado com a sociedade “Lícita”, tornando-se escorregadio para ser abordado pelas autoridades estatais.

Esse é o perfil de traficante melhor sucedido nos meios criminais, e acaba integrando suas empreitadas criminosas na sociedade, abastecendo os pequenos traficantes circulares e as sociedades de alto escalão. Lidando com o transporte de enormes quantidades de entorpecentes de forma doméstica e internacional.

Com uma notável habilidade em escorregar perante a lei criminal, com lucros excessivos, esse perfil de traficante é o que mais afeta estruturalmente a sociedade como um todo, aqueles que causam mais impacto. São também chamados de Grandes Traficantes.

### **6.1.3 O pequeno traficante**

Aqui temos a figura do pequeno traficante, aquele que não tem relação direta com organizações criminosas. Tendo usualmente a prática do tráfico como meio de subsistência, ou mesmo para sustentar seu próprio vício em entorpecentes.

Representa esta espécie de delito, atualmente, a maior parte dos presos condenados por tráfico de entorpecentes no Brasil.

É a figura abordada também em lei, pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a qual prevê a redução de um sexto, até dois terços das penas contra réus condenados, caso estes forem primários, de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

Causam menos impacto estrutural na sociedade como um todo, pois não têm poder de alcance como os grandes traficantes, e muitas vezes não possuem a ambição de virem a se tornar um. Têm pouca ou mesmo nenhuma organização, sendo alcançados facilmente pela justiça criminal e condenados por esse crime.

Havia um entendimento que tanto o pequeno, quanto o grande traficante eram tratados na legislação criminal da mesma forma, como autores de um crime hediondo, com apenas uma leve redução no caso do pequeno traficante.

Isto ocorre, pois em termos de classificação o tráfico ilícito, fosse ele privilegiado ou não, costumava ser equiparado a crime hediondo descrito na lei 8072/90.

Porém, essa visão se tornou defasada à medida que em recente decisão do STF, o tráfico privilegiado, tipo que abriga a maioria dos pequenos traficantes, não tem mais caráter hediondo, como é anotado:

O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006), portanto, não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente. (STF – HC – Rel. Cármen Lúcia – HC Nº 118.533 – MS)

Tal afirmação aponta mais uma vez para a teoria da flexibilização de legislação quando se trata de tráfico de entorpecentes, desta vez, evitando uma punição muito mais gravosa ao pequeno traficante, que geralmente é abrangido por tal tipo.

### **6.3 O Usuário e Sua Situação**

Os usuários de entorpecentes, como já determinado anteriormente neste estudo, formam uma parcela significativa da sociedade mundial, no qual 5% já tiveram contato ou usam drogas ilícitas.

Mas classificar a participação do usuário na guerra de drogas é algo inegavelmente confuso, já que além de existirem classificações diversas de usuários de entorpecentes, e estes são ao mesmo tempo causadores e vítimas desta guerra entre instituições estatais e tráfico de drogas.

O usuário causa a demanda para o tráfico, isso é inegável, já que o comércio é dependente de seus consumidores. Contudo, ao mesmo tempo, o

usuário é a própria vítima do sistema, já que para satisfazer os seus vícios necessita ir às rotas negras e criminosas do tráfico, ficando a mercê deste.

A figura do dependente químico, de acordo com os estudos da vitimologia, segundo os estudos de Benjamín Mendelsohn, se encaixaria na classificação de vítima alternativa, também chamada de vítima delinquente, esta qual representa ao mesmo tempo a figura de criminosos e vítimas.<sup>33</sup>

A história da humanidade já traz consigo o uso de drogas desde suas raízes, como já foi dito na parte histórica deste trabalho, é um comportamento que fez parte da construção do ser humano como ele é hoje, parte da cultura e da sociedade.

A diferença é que as políticas da atualidade discriminam as espécies de drogas que são “aceitas” socialmente, tais como o álcool ou mesmo o cigarro, enquanto outras tais como a maconha e cocaína, foram jogadas e relacionadas ao ramo ilegal da sociedade, através de medidas políticas visando preservar o *status quo* social.

Mas os seres humanos, como a espécie animal em constante busca de novas experiências, acabam, inevitavelmente, burlando as normas sociais e legais em busca do “proibido”, que neste caso é reconhecido nas formas de entorpecentes.

Pode-se notar esse comportamento humano claramente durante a implantação da Lei Seca nos EUA, que proibiu a produção e comercialização de bebidas com porcentagem de álcool maior que 0,5%.

Mas tal lei foi um fracasso, como descreve o mestre historiador Rainer Gonçalves Souza:

Em 1920, o Ato Volstead ou Ato de Proibição Nacional entrava em vigor dizendo que qualquer bebida com mais de 0,5% de teor alcoólico seria intoxicante e, portanto, teria sua fabricação, venda, distribuição e consumo terminantemente proibidas. Apesar de rigorosa, a lei não conseguia conter o desejo de milhares de pessoas que desejavam consumir algum tipo de bebida alcoólica.

Em alguns casos foram montados vários speakeasies, bares clandestinos em que seus frequentadores consumiam seus tragos de forma discreta. Outros consumidores faziam de tudo para produzir bebidas caseiras de baixa qualidade e, em alguns casos, extremamente tóxicas. Contudo, quem acabou ganhando espaço em meio à ilegalidade foram os gângsteres, que

---

<sup>33</sup> KOSOVSKI, Ester. PIEDADE JR, Heitor. ROITMAN, Riva. Estudos de vitimologia. 1. Ed. Rio de Janeiro : Letra Capital, 2014.

contrabandeavam o produto do Canadá e da Austrália para os vários centros urbanos dos EUA.  
(...) Além disso, ficou claro que nenhuma imposição jurídica tem autonomia para banir hábitos já instalados em uma cultura.<sup>34</sup>

Com isso em foco, pode-se aduzir que nesta busca inerente à espécie, o indivíduo aduzido acaba sendo atingido por ambos os lados, sendo alcançado pela veia punitiva do Estado para prevenir tal comportamento, e sendo também acertado pela força da ganância dos criminosos que necessitam interagir.

Assim, sendo pressionado por essas duas forças, o indivíduo usuário de drogas, acaba sendo parte vítima dessa relação de guerra, pois é incapaz de deixar de buscar pelo proibido, e neste percurso é atingido de forma negativa por ambos os lados. É a parte mais vulnerável do conflito.

#### **6.4 Saldo Final da Guerra Contra Entorpecentes**

Como foi demonstrado acima, os saldos do confronto entre o Estado e entorpecentes não tem frutos significativos positivos, justamente pelo contrário, a maioria dos números derivados desses conflitos desfavorece a repressão absoluta contra os entorpecentes ilícitos.

Os custos do Estado, que já estão nas alturas, apenas aumentam de forma exponencial. Os criminosos se tornam cada vez mais inseridos no conceito social, majorando seus lucros e sua organização a nível internacional. Tudo isso enquanto os usuários de entorpecentes se multiplicam e se tornam cada vez mais vulneráveis no centro desta luta entre Estados e criminosos.

Esse saldo é notado e analisado de forma internacional, já que a própria postura das Nações Unidas está mudando, aos poucos, e os números de países que apoiam a flexibilização da política de combate à entorpecentes continuam a aumentar.

Tal qual aponta a juíza aposentada Maria Lúcia Karam:

---

<sup>34</sup> Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historia-america/lei-seca-dos-eua.htm>>  
Acesso: 26.09.16.

O fracasso do proibicionismo, não só no campo das drogas qualificadas de ilícitas, mas em suas diversas manifestações, também poderia ser facilmente percebido, não fora a enganosa publicidade que igualmente o sustenta. Nesse campo das drogas qualificadas de ilícitas, é a própria ONU que aponta para o inegável fracasso na obtenção do inviável – e, na realidade, indesejável – objetivo explícito de construir “um mundo sem drogas”, ao reconhecer em relatórios elaborados por seu Escritório para as Drogas e Crimes (UNODC) que, depois de quase meio século de aplicação de suas Convenções, a circulação mundial das proibidas substâncias psicoativas e matérias-primas para a sua produção, não só teria se reduzido, como, ao contrário, teria se expandido.<sup>35</sup>

A transição é notada ao ver a mudança de discurso, no qual ao invés de focar-se no viés criminalista do combate aos entorpecentes, foi sugerido tratar o assunto como um problema de saúde pública.

Conforme a diretora-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), Margaret Chan: “As políticas de drogas se concentram quase que exclusivamente no uso do sistema judicial criminal. É preciso que sejam ampliadas para uma abordagem de saúde pública”<sup>36</sup>

Com isso podemos concluir que a bússola que guia o enfrentamento das drogas está se movendo lentamente em outra direção. Saindo de uma esfera combativa criminal, diante a seu fracasso, e procurando outras formas de controlar a sua proliferação.

---

<sup>35</sup> KARAM, Maria Lúcia. Drogas e Redução de danos. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 65. ano 2007.

<sup>36</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/nacoes-unidas-aprovam-nova-politica-de-drogas-19129673#ixzz4LNhReKqg>> Acesso: 26.09.16.

## 7 AS POSSÍVEIS MUDANÇAS E SUAS FACES

Bom, como foi discutido até então neste trabalho, tudo aponta que o atual modelo de repressão aos entorpecentes não está exatamente surtindo o efeito esperado, traduzido em redução do alastramento da venda e consumo de entorpecentes entre a população mundial.

A estagnação de uma política comprovadamente ineficaz não leva a resultados diferentes. Para existir decorrências satisfatórias, o ciclo deve ser quebrado, e uma outra abordagem explorada.

O conceito social também mudou e continua mudando rapidamente, e a lei, que tem como uma de suas funções primordiais, acompanhar e se adaptar a tais mudanças no quadro geral da sociedade. E o direito penal, como a maior força coercitiva da ciência de aplicação jurídica, especificamente, deve estar atento às alterações da sociedade para que o risco de postular ações desproporcionais seja reduzido ao mínimo.

Em palavras simples, a sociedade muda, evolui e se transforma, e o direito tem o dever de acompanhá-la, atingindo o seu potencial máximo no que tange sua interação com a sociedade humana.

Tal qual aduz Paulo Lopo Saraiva, citando Eugen Ehrlich, um dos pioneiros da Sociologia do Direito: “o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, nem na decisão judicial, mas na sociedade humana mesma” (1936).<sup>37</sup>

Mas, após isso ser admitido, é necessário discernir os métodos e propostas possíveis para que mudanças sejam feitas afetando de uma forma mais eficaz o problema apresentado.

Existem um número infindável de propostas para resolvermos a problemática dos usuários de drogas ilícitas, mas neste trabalho focaremos nas linhas de raciocínio mais discutidas abertamente e suas possíveis consequências.

---

<sup>37</sup> Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/748/R153-07.pdf?sequence=4>> Acesso 22.10.16.

Tais propostas de mudança podem ser classificadas de acordo com a forma como o Estado, através de sua interpretação do Direito aplica restrições às regras envolvendo o consumo de drogas. Os níveis de restrição podem variar, desde a aplicação de lei em seu patamar mais lesivo, à legalização completa do tema.

É possível realizar um escalamento quanto a rigidez do tema, aplicando uma série de teorias que explicam de forma geral o posicionamento e interpretações em relação aos usuários de entorpecentes, utilizando de modo geral cinco níveis para a classificação dessa Escalação de Rigidez.

### 7.1 A Teoria da Rigidez Absoluta

Esta teoria aplica a força embutida da esfera do Direito Penal em seu máximo patamar, a criminalização completa do ato de portar drogas para consumo pessoal. A *ultima ratio* do direito penal é amplamente empregada.

Neste caso, o Estado utiliza do seu direito de punir na figura mais danosa possível, utilizando-se do Direito Penal e assim restringindo a liberdade do agente causador da lesão jurídica.

Tal qual define Fernando Capez o direito de Punir do Estado:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o jus *persequendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do jus *puniendi*. Esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo. Seria, aliás, de todo inconstitucional a criação de uma regra, unicamente, para autorizar a punição de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de um poder abstrato de punir qualquer um que venha a praticar fato definido como infração penal. No momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se em uma pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor.<sup>38</sup>

Utiliza-se aqui a aplicação da medida de restrição de liberdade para combater o porte de drogas para consumo pessoal. Ou seja, a aplicação dessa teoria leva em conta que a restrição do direito fundamental de locomoção é

---

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p.46

necessária no combate do alastramento de usuários, nessa convicção, a medida de restrição de liberdade é proporcional e adequada ao ato por si só.

Em uma síntese simples, o Direito Penal aqui atua como um mecanismo de controle social, utilizando-se da punição restritiva de liberdade com o fim de deter o crime de *porte de drogas para uso pessoal*. A liberdade é simplesmente cerceada em favor da proteção à incolumidade pública, devendo-se utilizar os limites do direito individual de locomoção para que terceiros não sejam afetados de forma passiva ao entrar em contato com aquele que pratica a ação tipificada na legislação.

Liberdade tal qual descreve a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 4°).

Assim, restringe-se o direito dos cidadãos, entendendo-se que o porte de drogas ilícitas para uso pessoal é algo que de fato afeta a sociedade, via de regra a saúde pública, e por seguinte, o gozo de direito de terceiros.

Medidas tais como a descrita, ainda são aplicadas em nações como a do Reino Unido, que utiliza do The Misuse of Drugs Act, no qual existe a pena privativa de liberdade para usuários de drogas. Variando de dois até sete anos de prisão, dependendo da espécie de droga que estiver portando, já que em tal país existe uma classificação de risco para drogas ilegais (“A” para drogas de lesividade alta, “B” lesividade moderada e “C” lesividade leve). Provadas na imagem (figura 1) abaixo:

Figura 1

**Types of drugs**

The maximum penalties for drug possession, supply (dealing) and production depend on what type or 'class' the drug is.

Class	Drug	Possession	Supply and production
A	Crack cocaine, cocaine, ecstasy (MDMA), heroin, LSD, magic mushrooms, methadone, methamphetamine (crystal meth)	Up to 7 years in prison, an unlimited fine or both	Up to life in prison, an unlimited fine or both
B	Amphetamines, barbiturates, cannabis, codeine, ketamine, methylphenidate (Ritalin), synthetic cannabinoids, synthetic cathinones (eg mephedrone, methoxetamine)	Up to 5 years in prison, an unlimited fine or both	Up to 14 years in prison, an unlimited fine or both
C	Anabolic steroids, benzodiazepines (diazepam), gamma hydroxybutyrate (GHB), gamma-butyrolactone (GBL), piperazines (BZP), khat	Up to 2 years in prison, an unlimited fine or both (except anabolic steroids - it's not an offence to possess them for personal use)	Up to 14 years in prison, an unlimited fine or both
Temporary class drugs*	Some methylphenidate substances (ethylphenidate, 3,4-dichloromethylphenidate (3,4-DCMP), methylphenidate (HDMP-28), isopropylphenidate (IPP or IPPD), 4-methylmethylphenidate, ethylphenidate, propylphenidate) and their simple derivatives	None, but police can take away a suspected temporary class drug	Up to 14 years in prison, an unlimited fine or both

(Fonte: <https://www.gov.uk/penalties-drug-possession-dealing>. Acesso:05/10/2016)

Essa teoria também é aplicada em territórios da Indonésia, que possuem uma das políticas repressivas contra entorpecentes mais rigorosas a nível mundial. No solo da referida nação, o porte de drogas poderá ser punido com pena privativa de liberdade, variando de quatro até doze anos.

Se a quantidade de entorpecentes for considerada alta, um quilograma no caso de maconha, e cinco gramas no caso da cocaína, o usuário condenado estará sujeito à prisão perpétua.

Basicamente, são instaladas medidas repressivas penais tais quais define Vicente Greco Filho:

A gravidade e extensão do mal social que é a toxicomania exigem a reação estatal contra os que, de qualquer modo, forem responsáveis pelo tráfico ou colocarem em perigo a saúde pública, disseminando ou facilitando a disseminação do vício. As medidas repressivas são penais quando a sanção corresponde à pena criminal, e administrativas quando, visando a reprimir abuso ou desvio de autorização na produção, manuseio ou distribuição de substâncias controladas, determinam a cassação da referida autorização”<sup>39</sup>

<sup>39</sup> FILHO, p. 72

A teoria adotada no Brasil para meros usuários de drogas atualmente não é essa, já que as penas de carácter privativo de liberdade não são aplicadas a casos de posse de drogas para uso pessoal transitados em julgados.

## 7.2 A Teoria da Rigidez Moderada

Na chamada teoria da Rigidez Moderada, temos também a utilização do Direito Penal, tal qual a Teoria da Rigidez Absoluta, mas ao contrário desta, a utilidade da modalidade penal é feita de maneira mitigada, sem impor a força total do instrumento punitivo que cerceia a liberdade como medida de punição.

Aqui temos a aplicação de medidas que restringem direitos, mas não a liberdade em si. As chamadas medidas alternativas, muito utilizadas no Juizado Especial Criminal, e para delitos de menor potencial ofensivo.

O delito previsto no artigo 28, da Lei 11.343/2006, ou o porte de drogas para consumo pessoal, é tratado por essa teoria como uma conduta nociva à sociedade de forma, ainda, a ser abordada na esfera penal do Direito. Contudo, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, nota-se que a referida conduta não é nefasta o suficiente para a aplicação de medida privativas de liberdade, e assim, são aplicadas medidas que restringem outros direitos, visando um Direito Penal que se alinhe de forma um pouco mais eficaz ao delito realizado, com o objetivo de dar um pouco mais de foco à dignidade humana.

Tal qual define Rogério Greco:

Se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana. As raízes iluministas do princípio da proporcionalidade fazem com que hoje, passados já três séculos, colhamos os frutos de um direito penal que visa ser menos cruel e procura observar os direitos fundamentais do homem.<sup>40</sup>

Assim, o Estado aplica do Direito Penal de forma mitigada, pois acredita que o delito de uso de drogas para consumo pessoal, apesar de ser uma

---

<sup>40</sup> GRECO, p. 647

conduta que atinge a sociedade de forma muito negativa, não merece a aplicação da pena restritiva de liberdade. Muitos chamam a referida espécie de aplicação da normativa penal de Direito Penal Mínimo.

Entende-se aqui, para a aplicação globalizada da teoria, como penas alternativas não apenas aquelas previstas na forma literal da lei, mas sim qualquer contraprestação ou mesmo repreensão por parte do Direito Penal em um grau menor, em comparação ao instituto da restrição de liberdade. São medidas penais menos ofensivas aos direitos que as penas privativas de liberdade.

Tem-se aqui a fuga do cárcere do agente, para a melhor fixação e aplicabilidade da pena. Tal qual define as Regras de Tóquio:

Para assegurar a maior flexibilidade, compatível com a natureza e a gravidade da infração, com a personalidade e os antecedentes do infrator e com a proteção da sociedade, e ainda para evitar o recurso desnecessário ao encarceramento, o sistema de justiça criminal deverá oferecer uma grande variedade de medidas não privativas de liberdade, desde medidas tomadas na fase pré-julgamento até as da fase pós-sentença. O número e as espécies de medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de modo que seja ainda possível a fixação coerente da pena. (Regras de Tóquio, Capítulo I, 2.3)

O Brasil, atualmente, vem se utilizando dessa teoria, já que para a contraprestação penal ao delito previsto no artigo 28, da Lei 11.343/2006, não existe qualquer previsão de encarceramento do agente, apenas medidas não privativas de liberdade.

Tal qual descreve Damásio de Jesus:

A advertência sobre os efeitos da droga, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo têm natureza de penas criminais (art.27 da Lei). Trata-se de penas restritivas de direitos cominadas diretamente em preceito secundário de norma incriminadora.<sup>41</sup>

Nesse caso, temos a clara averiguação de que o Direito Penal é aplicado de maneira menos lesiva, em uma amostra de relaxamento por parte do Estado de sua política tradicional de aplicação da *ultima ratio*.

---

<sup>41</sup> JESUS, p.41

### 7.3 A Teoria da Flexibilidade Moderada

Nesta teoria nota-se, de certa forma, a primeira configuração de descriminalização da conduta do porte de drogas para consumo pessoal. A primeira forma de retirada da conduta da esfera penal, para que esta seja analisada em outra esfera do Direito.

A teoria da Flexibilidade Moderada adota a linha de raciocínio no qual o comportamento descrito no artigo 28, da Lei 11.343/2006, é retirado da esfera de punição penal e colocado em outra, uma esfera de avaliação do Direito considerada menos lesiva.

A interpretação desta teoria revela que o comportamento de portar drogas para uso pessoal é algo reprovável no mundo do direito, e, assim, sujeito a sanções, mas estas não são aplicadas utilizando a ferramenta do Direito Penal. Existe uma reação negativa ao referido comportamento, contudo, aplicado a sanção de uma forma extrapenalista.

Basicamente, o comportamento do tipo ainda é considerado um ato ilícito, segundo esta teoria. Entretanto, é tratado fora da esfera da *ultima ratio*. Via de regra, a punição ganharia contornos administrativos, recebendo imediações jurídicas próprias desta nova esfera.

Tal qual descreve Omar Heni Sarraff:

Deve-se inicialmente distinguir a sanção administrativa da sanção penal. A despeito de ambas serem imposições punitivas, a primeira resulta de um ato administrativo seguido do respectivo processo administrativo. A sanção penal é resultado de um processo judicial e estabelecida pela sentença criminal.

A sanção administrativa mais comum é a multa, considerada a penalidade típica neste âmbito. Consiste em dar uma soma de dinheiro ao Estado, imposta pela administração devido à violação de uma norma. A administração também não pode aplicar penas privativas de liberdade, muito comuns no processo penal. O direito penal veicula penalidades mais graves do que o direito administrativo, pela sua própria característica de só atuar quando nenhuma outra resposta foi possível.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> SARRAFF, Omar Heni. A aplicação de sanções administrativas no Direito de Trânsito: A multa de trânsito e sua eficácia. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18163/a-aplicacao-de-sancoes-administrativas-no-direito-de-transito/1> > Acesso: 10.10.16

Assim, temos uma descriminalização da conduta do porte de drogas destinado ao consumo pessoal, onde o referido ato sai da esfera do Direito Penal, e passa a ser tratado como apenas um mero ilícito não penal, ou seja, algo reprovável perante à sociedade, que merece alguma espécie de sanção, mas não sendo esta contraprestação negativa Estatal perpetrada na forma penal, devido a sua falta de gravidade.

#### **7.4 A Teoria da Flexibilidade Absoluta ou Legalização por Omissão**

Aqui é demonstrado, assim como a teoria anterior, a descriminalização do ato, ou seja, a retirada da esfera penal da ação descrita no artigo 28, da Lei 11.343/2006.

Contudo, diferente da teoria anterior, não há, neste caso, qualquer tipo de sanção ou regulamentação da ação em si. Em meio desta conjectura, nota-se uma combinação dos conceitos da descriminalização e da despenalização da ação, gerando um ato não ilícito, ação que não gera qualquer tipo de contraprestação negativa por parte da força do Estado.

A premissa desta teoria se entrelaça fortemente com o princípio da reserva legal, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Como descreve o doutrinador Rogério Greco:

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa.<sup>43</sup>

Com isso, podemos dizer que, por não haver nenhum tipo de previsão legal quanto a conduta, não pode ser caracterizado como crime, ou mesmo infração legal, como no caso da teoria anterior. Não sendo previsto no ordenamento jurídico, não existe qualquer espécie de pena.

Como a Constituição Brasileira preza em seu artigo 5º, inciso XXXIX:

---

<sup>43</sup> GRECO, p.147

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Podemos concluir que essa teoria tem fulcro na falta de taxatividade da conduta do porte de drogas para consumo pessoal. Se não existe qualquer tipo de previsão legal para sanção sobre a conduta, mesmo se ela for de alguma maneira reprovável, o Estado não poderá punir o agente. Tomando contorno de uma legalização pela omissão legal.

## 7.5 A Teoria da Legalização Própria

Aqui temos a teoria mais libertária entre todas aqui referenciadas. A teoria da legalização propriamente dita. Esta corrente aduz que, no caso de porte de drogas para uso pessoal, a aludida conduta foi expressamente somada ao ramo normativo jurídico como uma conduta devidamente lícita. A conduta é expressamente legal.

Neste caso, o Estado regulamenta expressamente a mercancia de entorpecentes, que em outro momento eram considerados ilícitos, podendo aplicar normas de fiscalização e controle da venda propriamente dita, dos vendedores da substância e até mesmo dos usuários em geral.

Temos alguns grandes exemplos de aplicação dessa teoria de forma global, tal como o Uruguai, que legalizou o consumo da *Cannabis*, aplicando os fundamentos que compõe a o raciocínio dessa teoria.

Como aponta Jonas von Hoffmann:

In 2013, Uruguay became the first country in the world to legally regulate cannabis from seed to smoke. The new legislation regulates the production, sale and consumption of recreational cannabis. Those registered with the government are allowed either grow up to six plants at home, become

members in newly-formed cannabis social clubs or buy up to 40 g of cannabis per month in pharmacies<sup>44</sup>.

No caso do Uruguai, ocorreu a regularização da produção, mercancia e uso da “maconha”, tornando possível ao indivíduo usuário adquirir em farmácias até 40 gramas da substância.

A regulamentação do referido país sul americano também permite ao usuário do entorpecente integrar clubes de consumo, ou mesmo cultivar a própria *Cannabis Sativa*, destinando a planta ao uso pessoal. Como dita o *Decreto Reglementario CM/847, 2014; Ley 19.172, 2013*.

Cita-se o Uruguai como maior exemplo da aplicação desta teoria, pois além de ter uma aproximação física com o Brasil, sua realidade social não difere muito da nação brasileira.

Resumindo, nesta teoria aplica-se a regulamentação de entorpecentes manifestada em legislação. Legalizando expressamente a ação, através do ingresso do ato como tipo lícito no ordenamento normativo.

---

<sup>44</sup> HOFFMANN, Jonas Von. The international dimension of drug policy reform in Uruguay. *International Journal of Drug Policy* [2016

## 8 CORRENTES DE LIBERAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

Como pode-se perceber, mediante ao convívio jurídico-normativo e ao observar o desenvolvimento deste trabalho, existem um grande número de correntes da ciência jurídica e social que visam a mudança de tratamento quanto ao combate de entorpecentes no Brasil.

Tais correntes prezam a retirada da utilização do tratamento penal no Brasil como contraprestação ao ato de porte de entorpecentes para consumo pessoal, previsto no regramento, no artigo 28, da Lei 11.343/2006.

Essas correntes podem ser notadas no meio jurídico, ao observar o recente aceite por parte do Supremo Tribunal Federal, quanto ao recurso extraordinário de nº 635.659 para discutir a descriminalização do referido artigo.

O julgamento foi considerado como assunto de repercussão geral, e a partir de conhecer o recurso, o Supremo Tribunal passou a julgar o assunto.

Conforme nota-se no pronunciamento do próprio STF:

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal. Neste recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153). Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional. (RE 635.659 RG/SP. rel. ministro Gilmar Mendes, j. 28.11.2011)

Além da discussão presente na jurisprudência, é possível notar a discussão também fora do meio exclusivamente jurídico. Podemos citar que o meio social tem se movimentado de forma considerável no Brasil, e crescendo de forma abundante.

Uma das demonstrações do meio social que devem ser levadas em consideração é a conhecida “Marcha da Maconha” que levou às ruas milhares de ativistas, com o objetivo de demonstrar sua insatisfação com a situação da legislação atual em território brasileiro.<sup>45</sup>

E ainda, parte da associação de cientistas, voltados à área da saúde, também estão se posicionando em favor à descriminalização das drogas, pois consideram as medidas aplicadas até o momento como ineficazes, ou mesmo negativas aos usuários de entorpecentes.

Podemos citar o cientista, ativista e educador Carl Hart, que descreve, criticando a posição da própria mídia e da comunidade científica, quando se trata da comunicação à população sobre as drogas e os estudos recentes que apontam menores riscos relacionadas a estas:

You know, since I'm a professor, so I give people grades, I would say a D, D-minus, and I'd say scientists deserve maybe a D-plus to C-minus, because it's not only the media. Scientists also contribute to this misinformation, in part because scientists are so afraid that whatever they say will be interpreted as being permissive, and therefore they say very little. Scientists' first goal is not communication, it seems. It seems like their first goal is not to be wrong. And we're missing an opportunity to help educate the American public about how to decrease harms related to drugs.<sup>46</sup>

Com a movimentação social e jurídica em plena ebulição, este trabalho passará a discutir brevemente sobre alguns dos principais argumentos para a legalização.

Dentre elas poderemos citar o confronto entre os direitos fundamentais à saúde e à intimidade, reforma ao entendimento quanto ao consumo de drogas como uma questão de saúde pública e legalização como um meio de combate ao tráfico de entorpecentes.

---

<sup>45</sup> Ativistas participam da Marcha da Maconha na Avenida Paulista, em SP. Site de notícias G1. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ativistas-participam-da-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista-em-sp.html> > Acesso: 15.10.16.

<sup>46</sup> "Drugs Aren't the Problem": Neuroscientist Carl Hart on Brain Science & Myths About Addiction. Democracy Now, Independent Global News. Disponível em: <[http://www.democracynow.org/2014/1/6/drugs\\_arent\\_the\\_problem\\_neuroscientist\\_carl](http://www.democracynow.org/2014/1/6/drugs_arent_the_problem_neuroscientist_carl)> Acesso: 15.10.16.

## 8.1 Confronto Entre Saúde Pública e Intimidade

Na criação deste trabalho foi observado um confronto particular entre direitos fundamentais, no qual o ato de portar de drogas para consumo pessoal fez existir.

Este, no caso, é o confronto de direito à Saúde Pública e o Direito à Intimidade. Contudo, antes de analisar as nuances sobre aludido tema, é de suma importância considerar as definições quanto ao que tange direitos fundamentais.

Direitos fundamentais são um conjunto de direitos encontrados nas esferas básicas individuais, sociais, políticas e jurídicas, as quais, via de regra, são previstas na Carta Magna de um determinado Estado. Delimitando o cerne das ações do Estado em relação aos indivíduos que sob ele estão, e dos próprios indivíduos entre si, de maneira tanto positiva, quanto negativa.

São direitos de importância extraordinária, que estabelecem como objetivo a modelação ideal da sociedade humana, prezando a sua aplicação nos conceitos de formação do indivíduo como um ser que possui dignidade humana.

Como define Pedro Tiago Sant'Anna Barbosa Silva:

Direitos fundamentais são os direitos mais imprescindíveis ao ser humano, necessários para que o homem tenha uma vida digna, estando ligados a construção de uma vida harmoniosa. Esse grupo de direitos é dotados de historicidade, autogeneratividade, universalidade, limitabilidade, irrenunciabilidade, acumulabilidade. Possuem rigidez constitucional, indicação de aplicabilidade imediata e são normas pétreas. Tamanha é a importância desses direitos, que é possível afirmar que o estabelecimento de todos eles concomitantemente, significaria que o homem atingiu um estado ideal no que tange ao gozo de seus direitos primordiais.<sup>47</sup>

Geralmente, os direitos fundamentais possuem influência extensa por parte dos direitos humanos, previstos estes como normas de caráter internacional. Mas sua principal diferença reside na integração efetiva expressa na teia normativa interna Estatal, agregando, via de regra, à carta Constituinte do Estado.

Como dita a estudiosa Sarlet:

Em que pese ambos os termos ('direitos humanos' e direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos

---

<sup>47</sup> SILVA, Pedro Tiago Sant'Anna Barbosa. Direito à Saúde: O caso dos medicamentos derivados de drogas ilícitas - Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015

fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos do direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).<sup>48</sup>

Há de se notar que, quando tratamos no assunto “uso de drogas”, temos em disposições e posicionamentos contrários na esfera dos direitos fundamentais.

Isto leva a um conflito entre forças de iguais pesos no mundo jurídico, no qual o Direito à Intimidade, que se traduz, neste determinado caso, na liberdade individual de se autoflagelar com o uso de drogas, entra em choque com a proteção dada à saúde pública, que considera o usuário de entorpecentes como um indivíduo tóxico à coletividade.

Vemos, primeiramente, que o direito à intimidade se reveste de importância muito significativa, que levou o legislador constituinte alçar o referido em meio ao rol de direitos fundamentais da Carta Magna brasileira.

É possível observar com clareza tal afirmação ao ler o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Porém, constantemente existe uma gama de confusões acerca da diferenciação entre o direito privado e o direito à intimidade. Colocando em linhas gerais, vida privada tem como delimitação relações pessoais do indivíduo em total. Este, nesta esfera, possui a prerrogativa de controle sob suas escolhas e relacionamentos, reservados a si e as pessoas com quem deseja compartilhar.

A intimidade, por outro lado, é algo de maior profundidade, ainda mais no interior da vida privada, na qual o indivíduo realiza suas escolhas de carácter superiormente pessoal e deseja guardar no raio de confiança que lhe é conveniente, assegurando sua integridade.

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.35/36

Tal qual define Alexandre de Moraes, citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.<sup>49</sup>

Somado a essa linha de raciocínio, não se pode dizer que em nosso conjunto normativo exista uma definição clara para o conceito de intimidade propriamente dita. O que levou doutrinadores a classificarem o aludido conceito.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz, o define como:

Um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.<sup>50</sup>

Construiu-se em meio a doutrina, uma nomenclatura alternativa para tal direito fundamental, chamado de “o direito de estar só”, que se baseia e delimita como o direito à solidão do indivíduo, um espaço no qual o próprio Estado não poderá intervir.

E temos em contrapartida, o direito à saúde, foi inserido em sua forma plena primeiramente na Constituição Federal de 1988. Tal qual foi descrito nos capítulos anteriores deste trabalho, o direito à Saúde está expressamente localizado no artigo 196 da Carta Magna Brasileira.

Tal como o direito à intimidade, é um direito fundamental, contudo com um carácter social.

Pode ser citado os dizeres de Pedro Tiago Sant’Anna Barbosa Silva:

Cabe mencionar que os direitos sociais estão intimamente ligados ao direito de igualdade, pois se os direitos sociais têm como objetivo a garantia de prestações mínimas para uma vida digna, tem por consequência a

---

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 53

<sup>50</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, p. 77

diminuição das disparidades sociais, e dessa forma ter mais igualdade, ao ponto em que podemos estabelecer esse paralelo.<sup>51</sup>

Assim, temos ambos os direitos citados em pé de igualdade como direitos fundamentais, restando um conflito de iguais proporções.

Grande parte dos confrontos acerca dos direitos fundamentais conflitantes necessitam de um posicionamento do poder judiciário em relação ao assunto, intervindo com o objetivo de decidir qual o direito fundamental se sobressai nesta lide. Pode-se notar que os direitos fundamentais, apesar de possuírem uma força e importância fora do comum, não são de forma alguma considerados absolutos.

Como ensina o professor João Trindade Cavalcante Filho:

Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmos os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual o direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.<sup>52</sup>

Desta forma, através da ponderação de aplicabilidade de direitos fundamentais, o judiciário poderá dizer qual o direito fundamental se sobressairá da *lide*.

Os indivíduos que se apoiam nesta teoria entendem que o direito individual se sobressai em relação ao direito à saúde pública. Resumindo, em uma colisão entre os direitos fundamentais de saúde pública e direito à intimidade, para os defensores desta teoria, o direito à intimidade se sobressai na medida em que o Estado não pode interferir com uma esfera de caráter tão individual da população em geral.

---

<sup>51</sup> Silva, Pedro Tiago Sant’Anna Barbosa. Direito à Saúde: O caso dos medicamentos derivados de drogas ilícitas. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015

<sup>52</sup> FILHO, João Trindade Cavalcante. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>

### 8.1.1 Ausência de dano à saúde pública

Além disso, existe outra interpretação à teoria da colisão de direitos fundamentais, onde não existe conflito algum.

Esta diz que o carácter íntimo do entorpecente, não traria qualquer tipo de prejuízo para a saúde pública, pois o direito à intimidade em si traz uma delimitação da utilização de entorpecentes à esfera mais pessoal do indivíduo. Não havendo prejuízo à saúde pública, pois a sociedade, como um todo, não estaria sofrendo diretamente por um comportamento de cunho íntimo. Urge salientar, não há lesão jurídica.

Tal como descreve Damásio de Jesus, citando a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Há entendimento no sentido de que não causa lesão jurídica ao interesse da “incolumidade pública” o fato de alguém, “recebendo de outrem a droga, para uso próprio, *incontinenti*, a consome” (STF, HC 79.189, 1ª turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 9 mar. 2001, p. 103) (JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada: Comentários à Lei 11.343/2006** – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51)

Esse entendimento considera o porte de drogas para consumo pessoal um delito de perigo abstrato. O perigo é observado de forma *ex ante*, ou seja, existe pena à conduta pelo mero fato de ser considerada perigosa não dependendo da existência de perigo real no caso concreto.

Como descreve Carlos Martínez-Buján Pérez:

Os crimes de perigo *abstrato* se configuram com a mera presença da ação do sujeito ativo, sendo suficiente a comprovação de uma periculosidade geral da ação para algum bem jurídico, sem que, portanto, se requeira concretude alguma de perigo, que demonstre uma probabilidade imediata ou próxima de lesão. Portanto, para avaliar o risco nos delitos de perigo abstrato far-se-á um julgamento *ex ante* a respeito da periculosidade da ação, ao contrário do que ocorrerá nos crimes de perigo concreto, que deverá recorrer a uma perspectiva *ex post* para julgar o resultado de perigo. (Pérez, Carlos Martínez-Buján. Os crimes de perigo no Direito Penal Econômico e Empresarial. IBCCRIM. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/166-ARTIGO/](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/166-ARTIGO/) Acesso: 15.10.16)

Vários doutrinadores e juristas entendem que tal forma de delito é inconstitucional, uma vez que não existe a determinação de que necessite ocorrer

dano ou perigo de dano para que a mera conduta seja punida. Tal corrente aponta para a atipicidade das condutas de perigo abstrato.

Como o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, afirmou:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao bem jurídico [...]. A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 34322 RS, Rel: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 1993).

Todavia, esse posicionamento possui um problema, pois não existe definição real na qual o delito de porte de drogas para consumo pessoal se torne um crime de perigo concreto. Ou seja, o momento em que a ação do tipo do artigo 28, da Lei 11.343/2006, passe a ser considerada uma ameaça real à sociedade como um todo.

Tal qual define Ângelo Roberto Ilha da Silva:

Crime de perigo concreto é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso (SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 68)

Restando nebulosa a efetividade da aplicação desse conceito na legislação sem que exista uma normatização legislativa ou jurisprudencial para que possibilite a pacificação do tema.

## **8.2 Uso de Drogas Como Problema Exclusivamente de Saúde Pública**

Nesse posicionamento, defendido fortemente tanto em meios sociais quanto em meios jurisprudenciais, defende que as considerações acerca dos usuários de drogas sejam retiradas da esfera de combate do Direito Penal, para serem tratadas como uma questão exclusivamente de saúde pública.

Ou seja, que o Estado não trate como algo penalmente relevante os usuários de entorpecentes, mas sim que ofereça uma base sólida para o atendimento destes.

Defendem que o Direito Penal não seria adequado para ser direcionado aos meros usuários, para combater a proliferação dos entorpecentes. Entendem que o ramo da ciência jurídica penalista perde parte de seu prestígio ao direcionar suas forças para punir meros usuários.

Corroborar Rogério Greco:

Os adeptos, portanto, do movimento da Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal.

Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.<sup>53</sup>

Retirando a esfera da atuação punitiva por parte do Estado, suas forças seriam destinadas apenas para o atendimento dos usuários de drogas, tratamentos dos dependentes compulsivos e, ainda, na elaboração de políticas de educação preventiva para coibir o alastramento do uso de entorpecentes. Resumindo, proteger e oferecer saúde pública, sem que existam meios de coibição punitivos à conduta.

Inclui-se no ramo de responsabilidades Estatais, tratar de forma a oferecer serviços de proteção de saúde aos usuários ou potenciais usuários de drogas. Já que se espera por parte do Estado a efetiva proteção dos direitos relacionados à saúde, através de formulação de inúmeros meios para a concretização destes direitos inerentes ao ser humano e a dignidade humana.

Como dispõe o § 1º, do artigo 2º da lei 8.080/1990:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

---

<sup>53</sup> GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009. p.16

Aderentes dessa linha de raciocínio entendem que tais medidas devem ser aplicadas também aos usuários de drogas para consumo pessoal, para que eles tenham acesso livre e irrestrito ao referido direito fundamental.

Como a própria Constituição Brasileira de 1988 dita em seus artigos 196 e 197:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, para essa corrente de entendimento, o direito ao acesso à saúde também abrange o usuário de drogas. E que este problema deve ser tratado exclusivamente na esfera de tratamento da saúde pública, excluindo a esfera relacionada ao poder punitivo do Estado.

### **8.3 Legalização das Drogas por Parte do Estado**

Outra corrente que apoia não só a descriminalização de entorpecentes, mas, ainda, a legalização e regularização destes por parte do Estado, é a que tem o objetivo de reduzir os lucros advindos do tráfico de drogas para ir as mãos dos traficantes.

Esta corrente entende que caso ocorra a devida legalização do uso de drogas para consumo pessoal, na qual o Estado atue como fiscalizador, controlando a qualidade do produto entorpecente, as licenças dos vendedores, e também de quem adquire as drogas.

O pensamento desta corrente entende que os usuários de entorpecentes são consumidores como qualquer outro indivíduo, e só vai favorecer o comércio ilícito de drogas, pois não existe qualquer espécie de concorrente lícito.

Nestes casos, os usuários saem em busca da sua substância de desejo dispostos a correr perigos, negociar com criminosos e associações criminosas, para obter um produto que muitas vezes possui uma qualidade duvidosa, podendo ser muito inferior a pretendida, ou mesmo ser muito mais perigosa do que necessita.

Com a legalização dos entorpecentes, o usuário, seguindo um comportamento comum aos demais tipos de consumidores, em vista de uma opção lícita, devidamente fiscalizada, e com resultados seguros e garantidos, iria para tais fontes, buscando evadir-se dos riscos do mercado ilícito.

Esse comportamento comum aos consumidores levaria a um impacto negativo nos lucros do tráfico ilícito de entorpecentes, esvaziando as receitas dos criminosos. Basicamente, retirando o comércio das mãos exclusivas de um mercado ilegal e inseguro.

Além disso, o Estado, passando a cobrar impostos sobre os produtos que controla, redirecionaria os louros outra hora obtidos e levados a criminalidade e traria para si, beneficiando a coletividade com o grande aumento de receita.

Tal argumento pode ser corroborado pelas palavras de Luciana da Silva Teixeira que realizou um estudo aprofundado sobre o assunto:

Portanto, se a Cannabis fosse tributada hoje, a arrecadação seria de um pouco mais de R\$ 5 bilhões e, em um cenário de aumento da demanda em razão da legalização da droga, conforme ocorreu no estado norte-americano do Colorado, a receita tributária seria de quase R\$ 6 bilhões. [...]Partindo-se das hipóteses que a taxa de prevalência do uso de cocaína hoje é igual à registrada em 2005 e que cada usuário realiza apenas duas sessões de uso por mês (1,5 g por sessão, em média), obteve-se que, por ano, esse mercado movimentaria cerca de R\$ 4,7 bilhões de reais no Brasil. Mais uma vez, há que se ressaltar que esse número é provavelmente ainda maior, pois há indícios que a prevalência de uso da cocaína cresceu no país e que o consumo por usuário também tenha aumentado nos últimos anos. Caso esse produto fosse tributado, R\$ 4,1 bilhões de reais iriam para os cofres públicos [...]<sup>54</sup>

A legalização e regulamentação do comércio de entorpecentes, além de recolher valores extraordinários aos cofres do Estado, ainda, possivelmente criaria novos empregos. Mas os dados neste caso são imprecisos, pois dependeria

---

<sup>54</sup> TEIXEIRA, Luciana da Silva. Impacto Econômico a Legalização das Drogas No Brasil. Consultoria Legislativa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>> Acesso em: 16.10.16

do modelo de legalização criado, além de inúmeros outros fatores a serem levados em consideração.

Há de se notar as economias feitas por parte do Estado com a redução das receitas aos custos ligados a repressão e ao combate ao tráfico de entorpecentes ilícitos.

Os custos exorbitantes ligados aos gastos prisionais, como exemplo, teriam uma redução significativa, já que o combate repressivo e punitivo mudaria. E, com efeito de médio a longo prazo, reduziria a quantidade de cárceres nas prisões brasileiras, e por conseguinte, os gastos por parte do Estado para mantê-los.

Existem outros gastos a serem considerados, tais como os gastos com a repressão policial, que segundo Luciana da Silva Teixeira gira em torno de R\$ 409,5 milhões de reais<sup>55</sup>, apenas para a repressão direcionada ao combate de entorpecentes ilícitos.

E outras espécies de gastos como os existentes com o curso processual dos delitos ligados aos entorpecentes, que possuem uma previsão de queda a longo prazo com o menor volume de processos vinculados ao combate a drogas.

Em linhas gerais, essa corrente apoia que a legalização e controle do mercado de drogas por parte do Estado, levaria a vários resultados de carácter positivos, entre eles os mais significantes seriam o desmantelamento do mercado ilícito de drogas devido a competição com o mercado legalizado e o considerado aumento de Receita por parte o ente estatal, somando-se os tributos aplicados aos entorpecentes e as economias geradas por esse mesmo sistema de legalização.

---

<sup>55</sup> Idem.

## 9 RESULTADOS DA DESCRIMILIZAÇÃO PELO MUNDO

Para que este trabalho dê uma visão geral da mudança de olhares que está ocorrendo ao redor do globo terrestre, é necessário ainda avaliar um dos principais motivos da mudança de tom de discussão quanto ao uso de entorpecentes, ora ilícitos: os diferentes resultados obtidos nos países, nos quais ocorreram a descriminalização dos entorpecentes.

O trabalho avaliará diferentes países, abordando uma pluralidade de continentes com o objetivo de descrever os resultados que construíram os trilhos para que esta discussão seja feita aqui no Brasil.

Os países que serão avaliados neste breve estudo consistem em: Holanda, Portugal, Argentina, Uruguai, Equador, Jamaica, Estados Unidos (estado do Colorado).

### 9.1 Uso de Drogas na Holanda

Primeiramente, este trabalho irá avaliar o uso de drogas na Holanda, nação esta que foi uma das pioneiras quanto as políticas de tolerância ao uso de drogas, sendo um dos pilares quanto ao uso da legalização dos entorpecentes como uma política de redução de danos, diante a uma política majoritariamente repressora em termos internacionais.

Como destaca Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues:

A experiência holandesa é digna de estudos por seu pioneirismo, experimentalismo e isolamento dentro de uma política de drogas européia relativamente liberal, somada a uma política mundial absolutamente repressora. De cultura protestante e liberal, com um território pequeno, uma população bem preparada e sem maiores abismos sociais, a Holanda foi o primeiro país do mundo a se engajar em uma política de redução de danos, que já vem sendo aplicada há mais de 20 anos.<sup>56</sup>

Como foi dito acima, a Holanda se utiliza de uma política de redução de danos para combater o alastramento de entorpecentes na sociedade, controlando de

---

<sup>56</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. USP - São Paulo, 2006.

formas alternativas o usuário e a venda das próprias drogas. Tratando esse assunto como um problema natural da sociedade.

O foco da legislação holandesa está na prevenção dos riscos, tanto sociais quanto individuais causados pelo uso de entorpecentes, estabelecendo uma relação racional entre tais riscos e as medidas criminais a serem adotadas. Constituindo um tratamento à maconha, especificamente, como algo mais “aberto ao público”, para que este não tenha contato com o mesmo entorpecente no subterrâneo do crime.

Contudo, ainda existem restrições quanto ao uso de drogas mais perigosas, com um risco humano considerável inaceitável, sendo as políticas de legalização voltadas principalmente para a utilização da *cannabis*.

A tolerância com a droga comumente referenciada como maconha se estende também ao comércio desta, já que a lei permite a abertura de *coffee shops*, estabelecimentos semelhantes a bares, que vendem quantidades pequenas da aludida droga aos usuários.

Estes estabelecimentos são fiscalizados pelo próprio Estado, priorizando o ideal seguimento das medidas detalhas em lei. Permitindo apenas a venda de *cannabis*, e não possibilitando a venda desta em conjunto com bebidas alcoólicas. Ainda, a venda deve se limitar a cinco gramas por pessoa e é vedado propaganda e venda a menores.

A Holanda também é permissiva quanto ao plantio de pés de maconha, aceitando o cultivo de até cinco destes por indivíduo.

A experiência Holandesa trouxe um misto de resultados satisfatórios e também negativos. A principal crítica do modelo é de que o referido país não conseguiu diminuir os números de usuários com essa política, e que a cultura da *cannabis* passou a ter um desenvolvimento acelerado na região.

Contudo, salienta-se que a política da Holanda não chegou a piorar a situação de combate aos entorpecentes, como ocorreu no em meio ao modelo proibicionista repressivo.

Ainda, insta salientar que a política de redução de danos permitiu que grande parte dos dependentes recebesse o devido tratamento a saúde por parte do Estado, que estaria devidamente equipado para dar apoio a estes.

Como define novamente Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues:

A ampla aplicação de programas de redução de danos, conjuntamente com a tolerância ao comércio de cannabis, faz com que de 70 a 80 % dos dependentes estejam recebendo tratamento e assistência sanitária pelo sistema médico-social, além de ter uma das mais baixas taxas de contaminação do vírus da AIDS entre usuários de drogas injetáveis. O grande acesso aos serviços de saúde pública pelos usuários e dependentes explica-se pelo fato de a Holanda ser um país rico, com tradição de bem-estar social, além de possuir um sistema saúde pública extremamente bem estruturado, estando o tratamento e a prevenção ao uso de drogas integrados ao serviço médico geral.<sup>57</sup>

Pode-se concluir que a aplicação pioneira de tal política utilizada na Holanda obteve, ao analisar os lados positivos e negativos, um resultado relativamente positivo, até o momento.

## 9.2 Uso de Drogas no Uruguai

O Uruguai deve também ter seu ponto sob as luzes, pois foi um dos países sul americanos que recentemente reformou a sua política de drogas para consumo pessoal.

A política do país procurou não só legalizar o consumo da maconha, mas também regularizou o fornecimento destas aos seus cidadãos através de farmácias devidamente regulamentadas.

Ainda permitiu o cultivo próprio da Cannabis e a formação de clubes de usuários.

O estado do Uruguai tomou as rédeas quanto a vários passos da produção, da venda, e mesmo sobre a fiscalização de outros vendedores e usuários, sendo tal política uma forma alternativa de combate às associações criminosas existentes na América Latina.

Como destaca reportagem de Elvira Palomo, para o jornal El Pais:

---

<sup>57</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. USP - São Paulo, 2006.

Uruguay ha hecho historia este martes al aprobar una novedosa ley para regular la producción, distribución y venta de marihuana, una medida única en el mundo, no exenta de polémica. La aprobación del texto en el Senado convierte a este país de 3,3 millones de habitantes en el primero en legislar en este sentido en un momento en el que se plantean nuevos métodos para combatir el narcotráfico en América Latina.<sup>58</sup>

As políticas da regulamentação de ponta a ponta, do cultivo ao consumo acumulam um resultado na sua maioria positivo ao país sul americano, o que pode influenciar a comunidade internacional que está observando esse fenômeno.

Primeiramente, a de constar que a legalização e regulamentação da venda da maconha por parte do Estado não se traduziu em um aumento alarmante de usuários da referida droga. Sendo o acréscimo consistente com o avanço natural catalogado nos últimos anos.

O levantamento registrado por um estudo feito pelo Conselho Nacional de Drogas (JND), demonstrou que houve o menor aumento contabilizado em 14 anos. Pois 9,3% da população afirmou que usou maconha nos últimos 12 meses, em comparação com os números de 8,3% de 2011. E esses números só correspondem a uma tendência prévia a regulamentação.<sup>59</sup>

Ainda segundo o Julio Heriberto Calzada, secretário nacional de drogas do Uruguai com as regulamentações, não ocorreram mais mortes ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes em território Uruguaio.<sup>60</sup>

Os resultados positivos se revelaram surpreendentes, mas o atual modelo uruguaio ainda é alvo de duro criticismo. Principalmente quanto a alta burocracia que estaria afastando as pessoas envolvidas com a compra e venda dos entorpecentes.

Ademais, existe a possibilidade do surgimento de um turismo destinado apenas ao consumo de maconha no país, apesar dos armamentos legais construídos para impedir tal fato.

---

<sup>58</sup> Disponível em: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/10/actualidad/1386706062\\_432879.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/10/actualidad/1386706062_432879.html) > Acesso em: 16.10.16

<sup>59</sup> Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/legalizacao-nao-aumentou-consumo-de-maconha-no-uruguai>> Acesso: 16.10.16

<sup>60</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/uruguai-nao-tem-mortes-ligadas-ao-traffic-desde-que-legalizou-maconha-diz-secretario-12705265>> Acesso:16.10.16.

Contudo, defende Julio Calzada:

A lei é clara. Teremos o registro de todos os usuários. De quem planta, dos clubes, nas farmácias. Em todos os casos se inibe o turismo canábico. Não estamos promovendo um mercado de marijuana. Nem para uruguaios, nem para estrangeiros. Estamos apenas impondo regras dentro do país a quem optou por isso.<sup>61</sup>

Dados os argumentos, a legislação do Uruguai é certamente uma tentativa louvável de acerto nas políticas quanto aos usuários de entorpecentes, mas muito recente, os anos determinarão o quão eficaz a referida legislação do país Latino irá se tornar.

### 9.3 Uso de Drogas na Argentina

Temos na Argentina, outro exemplo de um país Latino Americano que descriminalizou o porte de drogas para consumo pessoal, mas neste caso, também, no momento apenas envolve a maconha.

Neste caso, a descriminalização veio através de uma decisão vinda da Suprema Corte de Justiça do país, que decidiu, em 2009, por unanimidade, que o porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal não configura crime.

A corte argentina entendeu que o porte para uso dessa quantidade de *cannabis* para consumo pessoal não é crime, pois o ato de utilizar as referidas substâncias em seu meio íntimo não tem o poder de afetar a coletividade, e, por conseguinte, a saúde pública. Não ocorrendo, neste caso, qualquer lesividade ao objeto jurídico protegido pela lei.

Tal como discutido pela corte e neste trabalho, se trata da atipicidade do fato, pois nem mesmo existe lesão, segundo esse entendimento.

Ressalta o Senhora Ministra Carmen Argibay:

la prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, ninguna referencia o precisión sobre

---

<sup>61</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/06/uruguai-rechaca-turismo-canabico-e-admite-preocupacao-com-fronteiras.html>> Acesso 16.10.16

quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas. Más aún, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo. Por este motivo, es significativa la probabilidad de que dentro de la definición legal pueden caber conductas que no se conectan en absoluto, o lo hacen de una manera excesivamente vaga e imprecisa, con algún efecto dañino sobre los intereses individuales o generales que busca proteger la ley 23.737. (RECURSO DE HECHO – Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080. Buenos Aires, 25 de agosto de 2009)

O referido pronunciamento, passa assim a interferir com as instâncias inferiores, mudando o posicionamento geral do entendimento da jurisprudência criminal Argentina.

Mas apesar da determinação da Suprema Corte Argentina, o país ainda não legislou devidamente sobre a descriminalização das drogas.

Atualmente, existem movimentos sociais poderosíssimos correndo em solo Argentino, os quais não requerem apenas a descriminalização do porte para uso pessoal, mas sim da legalização do consumo e cultivo. Muitos motivados pelo uso medicinal.

No ano de 2016, cerca de 150 mil pessoas se reuniram em Buenos Aires para protestar contra a legislação pouco permissiva e requerer a regulamentação do cultivo e consumo da maconha, e da sua devida legalização para uso medicinal.<sup>62</sup>

Porém, um dado negativo quanto à descriminalização de drogas na Argentina foi um aumento vertiginoso de venda ilegal da maconha, que, segundo pesquisas da Universidade Católica Argentina, cresceu cerca de 50%.<sup>63</sup>

## 9.5 Uso de Drogas na Jamaica

Por muitos anos, a Jamaica foi conhecida como sendo o antro da cultura da *cannabis*, enxergando na planta e em seu uso psicotrópico como uma das identidades culturais do país.

---

<sup>62</sup> Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/internacional/1462676749\\_213830.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/internacional/1462676749_213830.html)> Acesso: 16.10.16.

<sup>63</sup> Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/venda-de-drogas-na-argentina-cresceu-50-desde-2010>> Acesso: 16.10.16.

Contudo, diferentemente do que o senso comum diz, a legislação do referido país era contraditória, pois permitia o cultivo da erva, mas não o seu devido consumo, sendo este último caracterizado como crime.

Porém, no ano de 2015, a Legislação do País foi alterada para que o consumo no fosse descriminalizado, permitindo a posse de até dois gramas de maconha destinadas ao uso pessoal.

Esta lei, pelo que aparenta, integrou o ordenamento jurídico para normatizar um costume tradicional do país, algo que a Jamaica já muito é conhecida. Legalizar, assim, uma situação de fato.

Contudo, críticas ainda permanecem quanto a posição da Jamaica perante a atuação do tráfico internacional, pois a aludida nação é considerada a maior fornecedora de maconha para os Estados Unidos, e ainda, para os arquipélagos Caribenhos.

E quanto esta questão, responde Peter Bunting, ministro de segurança nacional da Jamaica:

A aprovação da legislação não cria a liberdade de transporte e exportação da ganja (como é conhecida a maconha, na Jamaica). As forças de segurança continuarão com cumprindo rigorosamente a lei que determina nossas obrigações com os tratados internacionais<sup>64</sup>

Com isso, pode-se dizer que existe uma situação de homologação de uma circunstância rotineira existente na região, mas ainda conta com várias críticas em termos internacionais para uma melhor fiscalização do mercado ilegal de entorpecentes, algo que merece atenção.

## **9.6 Uso de Drogas nos Estados Unidos**

Os Estados Unidos possuem uma formatação de legislação que difere do estado Brasileiro, pois os estados da federação do país norte americano têm muito mais liberdade para configurar a legislação de seu próprio solo. Isso resulta em leis completamente diferentes de estado para estado.

---

<sup>64</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/jamaica-descriminaliza-porte-de-maconha-15431727>> Acesso em: 16.10.16

Em específico, para esta análise, tomaremos como objeto o Estado do Colorado. O aduzido Estado não só legalizou o uso da maconha, mas também permitiu seu cultivo para uso recreativo, sendo pioneiro na região nesse quesito.

A legalização da *cannabis* só se tornou possível na região após um plebiscito no qual 65% dos eleitores votaram em favor da mudança da lei, permitindo assim a legalização da substância. Anteriormente, a lei permitia o uso do entorpecente, mas a autorização para a mercancia só foi possível com a alteração normativa.

A Lei estadual prevê que cada indivíduo poderá adquirir até 28 gramas de maconha. A venda é proibida para menores de 21 anos, e quem não portar a carteira de identidade do referido estado poderá comprar apenas sete gramas da substância, mas poderá comprar várias vezes no mesmo dia. O cultivo também foi liberado, limitando-se a seis plantas. Contudo, o consumo não pode ser feito em lugares públicos.

Como cintam David Blake e Jack Finlaw:

With passage of Amendment 64, personal use of marijuana is now permitted under Colorado law for adults twenty-one years of age or older. Adult residents of Colorado can possess, use, purchase, and transport up to one ounce or less of marijuana, and possess and grow up to six marijuana plants in their home.<sup>65</sup>

A experiência em administrar o comércio de drogas, e permitir a coleta de impostos, têm sido de um sucesso surpreendente no Colorado, pois a coleta rendeu cerca de 50 milhões de dólares, no primeiro ano de venda da substância legalizada, valor este muito maior que o estimado inicialmente.<sup>66</sup>

A colheita de impostos sobre o produto entorpecente gira em torno de 25%, nos quais 15% seriam destinados às escolas estaduais e os demais 10% seriam destinados aos gastos gerais da administração pública.

---

<sup>65</sup> BLAKE, David, FINLAW, Jack. Marijuana Legalization in Colorado: Learned Lessons. Harvard Law & Policy Review. Disponível em: <<http://harvardlpr.com/wp-content/uploads/2014/08/HLP204.pdf>> Acesso 17.10.16

<sup>66</sup> Disponível em; <[http://www.brasilpost.com.br/2015/02/04/maconha-reembolso-colorado\\_n\\_6614304.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/02/04/maconha-reembolso-colorado_n_6614304.html)> Acesso: 17.10.16

Além disso, as estimativas apontam para uma grande economia também com a redução de financiamento para o combate ao alastramento do aludido entorpecente.

Grande parte das críticas quanto a essa política, batem-se no aumento da insegurança pública devido aos efeitos psicoativos da substância, o que poderia levar a um grande número de acidentes de trânsito, por exemplo.

A resposta da legislação foi ainda autorizar um limite na quantidade de THC, substância psicoativa da maconha, encontrada no sangue para quem for dirigir veículo automotor, esse limite está devidamente estabelecido em cinco nanogramas de THC.

O turismo visando à exploração das drogas também é criticado pelos indivíduos que não concordam com tal legislação, e é uma dificuldade que ainda necessita ser melhor trabalhada, apesar de existirem restrições para os que procuram o entorpecente.

Ademais, existe a questão de conflito da legislação federal, que é proibitiva, com a legislação estadual. Esse confronto está sendo evitado através de uma série de regulações e acordos entre as entidades do estado e as entidades federais. Permitiram que tal formação legislativa fosse possível.

Embora, tal como foi dito anteriormente sobre o Uruguai, é cedo para fazer determinações absolutas, pois os resultados a longo prazo ainda são um mistério, mas ao que tudo indica, os efeitos são, em sua grande maioria, positivos.

## **9.7 Uso de Drogas em Portugal**

Portugal possui certa história em contato com a descriminalização de entorpecentes. Em 2001, com a aprovação da Lei nº 30/2000, passou a ser descriminalizado o ato de portar até dez doses de qualquer substância entorpecente.

A lei foi criada com o objetivo de reformar a imagem do usuário de drogas, para que este deixe de ser a figura de criminoso construída pela sociedade, e passe a ser notado como um indivíduo que necessita de uma espécie

especializada de apoio. Política esta muito semelhante ao posicionamento de redução de danos adotado na Holanda.

Em período anterior a legislação aprovada no ano de 2001, o indivíduo que portasse drogas para consumo pessoal poderia ser condenado até três meses de prisão, ou condenação a pena de multa. Demonstra que, anteriormente, Portugal adotava a Teoria repressiva máxima contra o usuário, a Teoria da Rigidez Absoluta, pois poderia retirar a liberdade do usuário de droga, como uma contraprestação de seu comportamento negativo a sociedade.

Após a implantação da Lei nº 30/2000, aquele que for detido com até 10 porções de qualquer entorpecente, não é caracterizado como responsável por tráfico, e nem criminalizado de qualquer forma. Os entorpecentes apenas são apreendidos. Isso demonstra que houve uma clara transição da aplicação da Teoria da Rigidez Absoluta, para a Teoria da Flexibilidade Relativa.

Teoria da Flexibilidade Relativa, pois o indivíduo não é mais responsabilizado criminalmente, mas seus entorpecentes são retirados da sua esfera de propriedade, e o Estado irá avaliá-lo para determinar se o usuário necessita de tratamento contra a dependência.

Entretanto, além disso, o Estado ainda pode adotar outros tipos de medidas, tais quais os cancelamentos de licenças profissionais, ou de sua posse de armas, chegando a determinar que o usuário fique afastado de certos lugares. Contudo, a responsabilidade na esfera penal não é existente.

Segundo Glenn Greenwald, ocorreu certa melhora quanto à procura de tratamento por parte dos usuários devido a nova legislação:

"Os recursos antes usados para processar e prender dependentes de drogas atualmente são usados para prover programas de tratamentos para usuários. Esses desenvolvimentos, junto com a mudança de Portugal para uma abordagem de redução de danos reduziram dramaticamente as mazelas sociais relacionadas às drogas, incluindo a mortalidade e a transmissão de doença relacionadas à droga."<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/08/portugal-descriminalizou-uso-de-drogas-em-2001-entenda-politica.html>> Acesso em: 17.10.16.

Efeito semelhante ao que ocorreu com a política de redução de danos adotada pela Holanda. Além disso, estudos nacionais indicam que o uso de drogas em Portugal parece estar em declínio.

Conforme explica João Goulão, coordenador nacional de luta contra a droga:

A descriminalização reduziu [o consumo]. É uma constatação que fizemos. Houve diminuição no uso de todas as drogas. [Quando descriminalizamos] não tínhamos a certeza de que o consumo ia cair. Passamos por um processo de discussão igualmente intenso, como ocorre hoje no Brasil, e concluímos que valia a pena fazer essa experiência. Hoje em dia, olhando para trás, 14 anos depois, constatamos que a redução do estigma em torno do uso de drogas permitiu uma intervenção muito mais eficaz nas escolas, nas famílias, nos ambientes laborais”<sup>68</sup>

Contudo, ainda existem críticas, pois a descriminalização não se provou como um resultado “mágico” na luta contra os entorpecentes. Mas os resultados são, em sua grande maioria, positivos, não ocorrendo uma mudança notável quanto à criminalidade da região, mas em questão de tratamento dado ao usuário, certamente houve uma evolução significativa.

---

<sup>68</sup> Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/descriminalizacao-reduziu-consumo-de-drogas-em-portugal>> Acesso 17.10.16.

## 10 INDICADORES SOBRE O FUTURO DA INTERPRETAÇÃO BRASILEIRA

Somando-se os dados demonstrados neste trabalho, pode-se notar que o Brasil está em um processo de mudança profunda quanto ao assunto de combate ao tráfico de entorpecente.

Esse processo é uma mudança de carácter mais libertário, ao desmistificar e relativizar várias aplicações repressivas contra a mercancia de drogas e o seu respectivo uso.

O porte de drogas para consumo pessoal já sofreu um processo de relativização de sua punição, que passou ter uma das punições mais leves em nosso ordenamento normativo, sem que essas penas levassem a retirada do direito de liberdade por parte do acusado. Colocando o Brasil como um usuário da teoria da rigidez moderada.

Mas mesmo levando em conta a punição já extremamente leve do nosso ordenamento, as recentes movimentações jurídicas e sociais requerem a completa interrupção do tratamento punitivo aplicado pelo Estado aos usuários de entorpecente. Ou seja, que o Brasil adote uma teoria mais libertária, tais como a teoria da flexibilidade absoluta, ou mesmo da teoria da legalização.

A tendência Brasileira está acompanhando as discussões que surgem em ordem global e internacional acerca do assunto, pois muitos consideram, como já visto em capítulos anteriores, a guerra às drogas como uma guerra perdida, e tentam encontrar meios alternativos de combate aos entorpecentes.

E tudo indica que o Estado Brasileiro seguirá os passos de um viés menos conservador quanto a esse assunto. Como podemos notar no julgamento recente do Supremo Tribunal Federal, que discutiu a natureza do tráfico privilegiado, previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, para decidir sobre o seu enquadramento nas regras dos crimes hediondos, da Lei 8072/1990.

O tráfico privilegiado existe quando traficante condenado é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades delituosas, nem integra organização criminosa, permitindo nestes casos uma redução considerável da pena, de um sexto até dois terços.

Antigamente, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu de forma categórica que o tráfico privilegiado, mesmo tendo sua pena diminuída de forma

substancial, não afasta a natureza de crime hediondo, previsto no rol da Lei 8072/1990.

Tal qual jurisprudencialmente demonstra:

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime” (STJ, REsp 1.329.088/RS, 3ª Seção, rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. 13-3-2013, DJe de 26/4/2013)

Chegando a editar uma Súmula, a de número 512, onde era explanado *“A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”*.

Contudo, durante o julgamento do Habeas Corpus nº 118533, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez se reuniu com o objetivo de rediscutir a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado.

E ficou decidido que o referido crime, este geralmente destinado a punição do pequeno traficante, não tinha mais natureza hedionda. Conforme vemos abaixo:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 23.06.2016. (STF, HC 118533/MS, rel. min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016)

Com essa decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, retira-se a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado, permitindo ao condenado a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Permite a progressão de regime carcerário após cumprimento de um sexto da pena, ao contrário do mínimo de dois quintos do regime dos crimes previstos no rol da Lei 8079/90. E, ainda, permite a pena se inicie em um regime de detenção ou prisão simples.

Tal fato demonstra que o sistema judiciário brasileiro está alterando os olhares quanto ao assunto entorpecentes, aplicando julgamentos com um viés menos punitivos que os anteriores.

Todos esses sinais indicam que o Brasil vai deixar de aplicar a Teoria da Rigidez Moderada e optar pela aplicação da Teoria da Flexibilidade Absoluta ou mesmo da Legalização. Se afastando cada vez mais do combate punitivo penal em relação aos entorpecentes.

## CONCLUSÃO

Com a realização desta pesquisa foi possível concluir algumas séries de respostas aos meios certamente nebulosos por onde tal legislação costuma caminhar.

Foi possível, de proêmio, determinar para este trabalho que o termo “droga” foi delimitado como qualquer substância não sintetizada pelo organismo que tem a finalidade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, resultando em alterações funcionais, que sejam, segundo o critério legal instaurado, proibidas sua comercialização, distribuição e utilização. E que, em território Brasileiro, as drogas consideradas ilícitas estão descritas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme a norma em branco do artigo 1º da Lei 11.343 de 2006.

Em seguida, no próximo capítulo, é possível definir que a repressão combativa de drogas foi algo que obteve um desenvolvimento de importância no decorrer do século passado, principalmente após a guerra declarada aos entorpecentes, decretada pelos Estados Unidos, durante a presidência de Nixon. E que recentemente, existe um movimento em pleno crescimento buscando uma alternativa em relação a política repressiva. O Brasil, aparentemente, seguiu o mesmo caminho politicamente.

Ainda, há de salientar que o objetivo da legislação é proteção à saúde pública, e que atualmente ainda existe uma política que criminaliza a atitude de portar drogas para o consumo pessoal, utilizando o Direito Penal como arma de combate, mesmo que a pena dada, como contraprestação negativa por parte do Estado, seja extremamente branda.

Foram demonstrados nesse estudo os dados gerais sobre as políticas de combate repressiva às drogas, e que estes não são positivos. Com essa política, o número de usuários não caiu, apenas aumentou. Os ganhos dos criminosos continuam a crescer perante aos gastos exorbitantes por partes dos Estados que vem a utilizar essa política. E os usuários continuam a ser a parte mais fragilizada de toda a disputa, sendo atingido de ambos lados, dos criminosos e pelo próprio Estado.

Em seguida, foi proposto por esse trabalho uma classificação inédita quanto a maneira que os Estados lidam com o uso de entorpecentes, ora considerados ilícitos, variando em relação a rigidez das políticas aplicadas.

A Teoria da Rigidez Absoluta é aplicada quando existe a privação da liberdade como resposta por parte do Estado.

A Teoria da Rigidez Moderada é utilizada quando não são usadas medidas de privação de liberdade, contudo, ainda o uso de entorpecentes é ainda tratado na esfera do Direito Penal.

A Teoria da Flexibilidade Moderada trata da primeira fase da descriminalização do uso de entorpecentes para uso pessoal, porém, ainda existe alguma forma de contraprestação negativa do Estado, mesmo que fora da esfera penal.

A Teoria da Flexibilidade Absoluta, também pode ser chamada de legalização por omissão, no qual não existe contraprestação negativa Estatal, mas a referida descriminalização não foi corroborada por uma normatização específica em relação ao assunto.

A Teoria da Legalização própria aborda a legalização propriamente dita dos entorpecentes por parte do Estado, onde existe uma regulação específica sobre o assunto.

Por seguinte, o estudo observou algumas teorias quanto às justificativas legais e sociais para que o uso de entorpecentes ilegais seja descriminalizado e até mesmo legalizado. Existindo um certo clamor popular e normativo, por trás destas propostas.

Vemos em seguida que os resultados da descriminalização e mesmo a legalização em diversos países têm sido, em sua grande maioria, positivos. Não ocorrendo, via de regra, um aumento drástico nos números de usuários de entorpecentes, ou mesmo da criminalidade. E sem dúvidas, existe uma proeminente melhora de como o usuário é tratado uma vez que o rótulo de criminoso cai, principalmente somada a uma política geral de redução de danos.

E todos os indicadores jurídicos, normativos e sociais que o Brasil apresenta, apontam que o referido país está passando por um período de

mudanças, despontando para uma política mais libertária em relação aos entorpecentes. Seguindo a tendência mundial, que está discutindo e chegando a aplicar tal política.

Com todos os dados reunidos neste estudo, é possível determinar que mudanças são, sem dúvida alguma, extremamente necessárias quando é discutido esse tópico do porte de drogas para uso pessoal. E essas mudanças indicam que o caminho mais visado, no momento, é uma visão mais liberal sobre o assunto.

Mas toda mudança deve ser devidamente estudada, pois o futuro ainda revela incertezas, e a única forma de combater e prevenir acontecimentos negativos é continuar a buscar conhecimento sobre entorpecentes e seu devido impacto social.

## REFERÊNCIAS BIBILHOGRÁFICAS

ARAÚJO, Thiago de. **Após grande arrecadação, Estado americano do Colorado pode ter de devolver dinheiro do imposto da maconha à população.** Disponível em: <[http://www.brasilpost.com.br/2015/02/04/maconha-reembolso-colorado\\_n\\_6614304.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/02/04/maconha-reembolso-colorado_n_6614304.html)> Acesso: 17.10.16

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARREIRO, Ramiro. **Argentina marcha pela regularização da maconha medicinal.** Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/internacional/1462676749\\_213830.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/internacional/1462676749_213830.html)> Acesso: 16.10.16

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral. v.1.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BLAKE, David/ FINLAW, Jack. **Marijuana Legalization in Colorado: Learned Lessons.** Harvard Law & Policy Review. Disponível em: <<http://harvardlpr.com/wp-content/uploads/2014/08/HLP204.pdf>> Acesso 17.10.16

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Rio de Janeiro: Presidente, 1940.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei Antitóxicos (2006). **Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Brasília: Presidente, 2006

CARRICONDO, Bruno Stafuzza. **Apontamentos sobre a lei nº 11.343/2006: aspectos críticos e sociais. 2007.** - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CHITOLINA, Lia Santos. **A Economia das Drogas Ilegais: Teoria, Evidência e Políticas Públicas.** UFRS, 2009.

DMF. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil.** CNJ, Brasília, 2014.

ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos: prevenção e repressão**, 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

EXAME, Site de Notícias. **Legalização não aumentou consumo de maconha no Uruguai**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/legalizacao-nao-aumentou-consumo-de-maconha-no-uruguai>> Acesso: 16.10.16

\_\_\_\_\_. **Venda de drogas na Argentina cresceu 50% desde 2010**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/venda-de-drogas-na-argentina-cresceu-50-desde-2010>> Acesso: 16.10.16.

\_\_\_\_\_. **Descriminalização reduziu consumo de drogas em Portugal**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/descriminalizacao-reduziu-consumo-de-drogas-em-portugal>> Acesso 17.10.16.

FERREIRA, Paula/ MATSUURA, Sérgio. **Nações Unidas aprovam nova política de drogas**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/nacoes-unidas-aprovam-nova-politica-de-drogas-19129673#ixzz4LNhReKqg>> Acesso: 26.09.16.

FILHO, João Trindade Cavalgante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)

FILHO, Vicente Greco/ RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/2006** – 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

FREITAS, Caetano. **Uruguai rechaça ‘turismo canábico’ e admite preocupação com fronteiras**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/06/uruguai-rechaca-turismo-canabico-e-admite-preocupacao-com-fronteiras.html>> Acesso 16.10.16

G1, Site de Notícias. **Ativistas participam da Marcha da Maconha na Avenida Paulista, em SP**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ativistas-participam-da-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista-em-sp.html>> Acesso: 15.10.16.

\_\_\_\_\_. **Portugal descriminalizou uso de drogas em 2001; entenda a política**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/08/portugal-descriminalizou-uso-de-drogas-em-2001-entenda-politica.html>> Acesso em: 17.10.16.

GECAP – USP. **Custo da prisionalização – 7 informações básicas sobre encarceramento**. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/44-custos-da-prisonizacao-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>> Acesso 26.09.16.

GLOBO, O. **Uruguai não tem mortes ligadas ao tráfico desde que legalizou maconha, diz secretário**.

Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/uruguai-nao-tem-mortes-ligadas-ao-traffic-desde-que-legalizou-maconha-diz-secretario-12705265>> Acesso:16.10.16.

\_\_\_\_\_. **Jamaica descriminaliza porte de maconha.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/jamaica-descriminaliza-porte-de-maconha-15431727>> Acesso em: 16.10.16.

GOMES, Luís Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HOFFMANN, Jonas Von. **The international dimension of drug policy reform in Uruguay.** International Journal of Drug Policy (2016).

JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada: Comentários à Lei 11.343/2006 – 9.** Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Miguel Reale; TORON, Alberto Zaccharias. **Drogas: Aspectos penais e criminológicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1.

KANNER, Richard. **Características da personalidade do toxicômano.** Drogas e drogados: o indivíduo, a família, a sociedade/ Amauri M. Tonucci Sanchez. EPU: São Paulo, 1982.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e Redução de danos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 65. Ano 2007.

KOSOVSKI, Ester. PIEDADE JR, Heitor. ROITMAN, Riva. **Estudos de vitimologia.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2014.

MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada,** 9º Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCELINO, Caio Augusto. **DROGAS: Criminalização e Marginalização.** Universidade Federal do Paraná, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo.** 3º Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. 23. ed.** – São Paulo: Atlas, 2008

MORRIS, Jéssica Carvalho/ APOLINÁRIO, Henrique. **Perdas e Danos.** El Pais Brasil. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/23/opinion/1471971725\\_335436.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/23/opinion/1471971725_335436.html)> Acesso em 26.09.16.

NEVES, Ana Vanessa de Medeiros. **Políticas Públicas de saúde para concursos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NEWS, Democracy Now, Independent Global. "**Drugs Aren't the Problem": Neuroscientist Carl Hart on Brain Science & Myths About Addiction**". Disponível em: <[http://www.democracynow.org/2014/1/6/drugs\\_arent\\_the\\_problem\\_neuroscientist\\_carl](http://www.democracynow.org/2014/1/6/drugs_arent_the_problem_neuroscientist_carl)> Acesso: 15.10.16.

PALOMO, Elvira. **Uruguay aprueba una ley inédita para regular el comercio de marihuana**. Disponível em: <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/10/actualidad/1386706062\\_432879.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/10/actualidad/1386706062_432879.html)> Acesso em: 16.10.16.

PELLEGRINI, Marcelo. "**A guerra às drogas resultou em um genocídio e prisões em massa**". Portal Carta Capital. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-as-drogas-resultaram-em-um-genocidio-e-prisoas-em-massa-4739.html>> Acesso: 22.10.16.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Os crimes de perigo no Direito Penal Econômico e Empresarial**. IBCCRIM. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/166-ARTIGO/](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/166-ARTIGO/) Acesso: 15.10.16

PINHO, Bruno Henrique Ferreira. **O "Novo" Crime de Posse ou Porte de Drogas para Consumo Próprio – Art. 28 da Lei 11.343/06**. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2013.

QUEIROZ, Vinicius Eduardo. **A Questão das Drogas Ilícitas no Brasil**. UFSC: Florianópolis, 2008.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. USP - São Paulo, 2006.

SAMPAIO, José Adécio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHEZ, Amauri M. Tonucci. **Drogas e drogados: o indivíduo, a família, a sociedade**. São Paulo: EPU, 1982.

SARAIVA, Paulo Lopo. **A tetradimensionalidade do Direito**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/748/R153-07.pdf?sequence=4>> Acesso 22.10.16.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARRAFF, Omar Heni. **A aplicação de sanções administrativas no Direito de Trânsito: A multa de trânsito e sua eficácia.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18163/a-aplicacao-de-sancoes-administrativas-no-direito-de-transito/1>> Acesso em: 22.10.16.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada.** São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Luiza Lopes da. **A Questão das Drogas nas Relações Internacionais.** Brasília: FUNAG, 2013.

SILVA, Pedro Tiago Sant'Anna Barbosa. **Direito à Saúde: O caso dos medicamentos derivados de drogas ilícitas.** - Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2015.

SOUZA, Rainer Gonçalves. **Lei Seca dos EUA.** Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historia-america/lei-seca-dos-eua.htm>> Acesso: 26.09.16.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Impacto Econômico a Legalização das Drogas No Brasil. Consultoria Legislativa.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>> Acesso em: 16.10.16

UNODC. **World Drug Report 2012.** United Nations, June 2012.

VERGARA, Rodrigo. **Drogas, o que se fazer a respeito.** Revista Super Interessante. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-o-que-fazer-a-respeito>> Acesso: 22.10.16.

VIEIRA, Willian. **É hora de pensar diferente.** Portal Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-hora-de-pensar-diferente-1489.html>> Acesso em: 22.10.16.