

LEI 11.343/06: O USUÁRIO DE DROGAS SOB NOVA PERSPECTIVA

Maysa de Mello Souza¹

Resumo: Este trabalho se propõe a apresentar ao leitor o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao usuário de drogas, fazendo breve abordagem histórica desde as primeiras leis que trataram das substâncias entorpecentes até a legislação especial vigente. A atual Lei de Drogas (Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006) inovou ao abolir a pena privativa de liberdade para o crime de porte de drogas destinadas ao consumo próprio e, conseqüentemente, trouxe consigo duas grandes polêmicas, abordadas no presente estudo: uma eventual descriminalização da conduta e a (in)eficácia das atuais penas cominadas.

Palavras-chave: Droga. Usuário. Descriminalização. Despenalização. Ineficácia das penas.

1. INTRODUÇÃO

O combate às drogas é um dos temas mais polêmicos da atualidade, pois se trata de fenômeno complexo, universal, que abarca aspectos jurídicos, políticos, sociais, econômicos e sanitários, apresentando-se como uma das causas geradoras da violência no âmbito familiar e da formação e financiamento de organizações criminosas. Porém, dentro de todo o universo possível de abordagem sobre o tema, este trabalho limitou-se a analisar o tratamento dispensado pela vigente lei de drogas ao usuário, o qual passou a ser visto sob nova ótica pelo legislador brasileiro.

Assim, inicialmente, aborda-se, de maneira objetiva, conceitos propedêuticos no intuito de facilitar a análise da norma em comento. Em seguida, apresenta-se um breve histórico da legislação pátria que regulamentou o assunto, com ênfase no usuário. Por derradeiro, alguns comentários acerca das

¹ Discente do 4º Termo C do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

conseqüências jurídicas do inovador tratamento dispensado ao usuário de drogas pela Lei n. 11.343/06 e da ineficácia das penas cominadas ao delito.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Seria precipitado fomentar uma discussão acerca da maneira como o legislador brasileiro se posiciona a respeito da conduta de portar ou guardar droga ilícita para consumo pessoal sem, a princípio, abordar algumas questões e conceitos indispensáveis ao melhor entendimento do assunto. Assim, é salutar que se faça uma reflexão, ainda que superficial, sobre o que é droga; a distinção entre usuário e dependente; de que forma é possível diferenciar o porte de drogas para fins de tráfico daquele destinado ao consumo pessoal; e, por que o legislador brasileiro tipifica esta conduta como infração penal.

Para que se compreenda por que a legislação pátria, ao longo de sua trajetória, considerou o usuário de substâncias tóxicas um criminoso, antes de doente, a ponto de, por muitos anos, equiparar sua periculosidade à do traficante de drogas, forçoso será transcender a individualidade da conduta e observar suas conseqüências sociais. Assim, esclarece o professor Charles Emil Machado Martins:

Segundo a doutrina clássica, seguida amiúde pela jurisprudência, o bem jurídico tutelado pelas normas de combate às drogas, inclusive no porte para consumo, é a saúde pública, sob o argumento de que a deterioração por ela causada não se limita ao usuário, pois elas põem em risco a própria integridade social.

(...)

Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos, ao abordar a psicodinâmica do vício, que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. (Machado Martins, 2008, p. 66)

Considerando os efeitos nocivos das drogas, não só para o indivíduo, mas também para a sociedade em geral, tornou-se indispensável que a lei definisse quais substâncias seriam consideradas drogas para fins penais. Assim, dispõe o artigo 1º, parágrafo único da Lei n. 11.343/06 (vigente Lei de Drogas) que *“consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em lista, atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”* O conceito não diverge do trazido pelas revogadas leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002, não obstante estas ainda não adotassem o vocábulo “droga”. Ademais, as referidas normas que tratavam do assunto no país, bem como a norma vigente, tratam-se de normas penais em branco que delegam a órgão específico a tarefa de elaborar o rol das drogas proscritas no país. A propósito Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

continua a lei antitóxicos a ser uma norma penal em branco. Há órgão governamental próprio, vinculado ao ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas em geral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas. (Nucci, 2007, p. 293).

A flexibilidade do conceito é providencial e justifica-se em razão da necessidade de se atualizar a lista com celeridade e eficiência, tendo em vista a rapidez com que surgem novas substâncias capazes de causar dependência naqueles que as utilizam indevidamente.

E não são poucos os que têm enveredado no caminho das drogas, cujo fim ninguém sabe exatamente onde vai dar. Alguns experimentam uma única vez, outros tornam o uso um hábito até que se estabeleça imperceptivelmente o vício. A partir de estudos realizados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Organização das Nações Unidas (ONU) é possível a seguinte classificação das pessoas que utilizam drogas:

- **Usuário experimental:** limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão de grupo etc. Na grande maioria dos casos, o contato com drogas não passa das primeiras experiências.
- **Usuário ocasional:** utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o

ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais.

- **Usuário habitual** ou "**funcional**": faz uso freqüente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda "funciona" socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência.
- **Usuário dependente** ou "**disfuncional**" (dependente, toxicômano, drogadito, farmacodependente, dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral. (www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/ Usuar.htm. Acesso em 25 de julho de 2011)

Com efeito, o usuário (experimental ou ocasional) é aquele que utiliza a droga, mas nela não é viciado, enquanto que o dependente, também chamado de viciado, apresenta uma necessidade absoluta da droga, manifestando distúrbios físicos quando seu consumo é interrompido. Na verdade, a lei 11.343/06 não dispensa tratamento diferenciado entre usuário e dependente, distinção que somente será necessária ao magistrado na escolha da medida educativa mais adequada ao caso concreto; entretanto, o legislador preocupou-se em trazer expressamente em seu texto os dois termos, a fim de que não paire dúvidas de que ambos submetem-se às suas normas.

Finalmente, para que se possa vislumbrar a linha divisória que distingue o porte de entorpecentes destinado ao tráfico daquele para fins de consumo pessoal é necessário considerar diversos fatores presentes no caso concreto. Na prática, é extremamente difícil identificar se o porte de pequenas quantidades de droga é para consumo pessoal ou tráfico.

Para enfrentar essa difícil tarefa diferenciadora e identificar se a conduta estava sendo praticada por um simples consumidor ou por um traficante, a nova lei determina, em seu artigo 28, § 2º, que "*o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*". Com efeito, minuciosa análise do caso (observando-se a quantidade da droga, a forma de acondicionamento, as circunstâncias fáticas do crime, bem como as circunstâncias pessoais do infrator) permitirá aos

responsáveis pela repressão do ilícito – policiais, Ministério Público e magistrado - identificarem e classificarem corretamente a conduta.

3 O TRATAMENTO DISPENSADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AOS USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS – BREVE HISTÓRICO

A preocupação do legislador brasileiro com as drogas não é recente. O artigo 89 das Ordenações Filipinas já revelava a preocupação com a questão das drogas. Segundo esse diploma legal aquele que guardasse em casa ou vendesse substâncias, como o rosalgar e o ópio, poderia perder a fazenda, ser expulso do país e ser enviado à África.

A primeira proibição no âmbito penal a respeito de algum tipo de substância tóxica constou do art. 159 do Código Penal Republicano de 1890, que tipificava somente o tráfico, sem fazer menção ao porte de drogas, estabelecendo pena de multa. Assim, o referido artigo previa como crime a conduta de “*expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários.*”

Posteriormente, o Código Penal de 1941, no capítulo dos crimes contra a saúde pública, tipificou também a conduta de porte, dispondo em seu artigo 281 que era crime apenado com reclusão de um a cinco anos e multa “*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.*” Com efeito, a lei tipificava num único dispositivo as duas condutas ilícitas, equiparando traficante e usuário e dispensando-lhes o mesmo tratamento.

Em 1971, com o advento da primeira lei antitóxica (Lei n. 5.726/71), o artigo 281 do CP foi alterado para acrescentar outros verbos ao tipo e aumentar a pena privativa de liberdade (de 1 a 6 anos). A vigência desta lei, contudo, foi curta, sendo revogada pela Lei n. 6.368/76, que, finalmente, distinguiu traficante (artigo 12) de usuário (artigo 16), dispensando-lhes tratamento diferenciado. Entretanto o legislador entendeu que o porte deveria continuar recebendo pena com caráter

estritamente repressivo, cominando-lhe para tanto pena privativa de liberdade, entretanto, agora, mais branda (detenção de 6 meses a 2 anos e multa).

No início da década de 90, parte da doutrina e da jurisprudência, inspiradas pelos princípios democráticos proclamados pela Constituição Federal de 1988, passou a defender a atipicidade penal da posse de drogas para consumo pessoal, entendimento que se desdobrou, basicamente, em três correntes: 1- inconstitucionalidade da norma em razão da interferência na esfera privada do indivíduo; 2- ausência de perigo ou ofensa à saúde pública e 3- insignificância penal da conduta.

Fecundada neste contexto histórico, a vigente lei de drogas (11.343/06), inovando surpreendentemente no ordenamento jurídico brasileiro, passou a tratar o usuário (ainda que tão-somente experimental ou ocasional) sob a perspectiva do binômio doente-criminoso – ao mesmo em tempo que coloca o usuário como infrator, torna-o merecedor de medidas educativas e terapêuticas – abolindo a pena privativa de liberdade e estabelecendo penas alternativas como penas principais.

Esta postura gerou intensas discussões sobre uma eventual descriminalização da conduta de porte de entorpecentes para consumo, questionando-se ainda em que medida as penas atualmente cominadas seriam capazes de atingir sua função de retribuição e prevenção do ilícito penal.

4 PORTE DE ENTORPECENTES: DESCRIMINALIZAÇÃO X DESPENALIZAÇÃO

Parte da doutrina defende que a vigente lei de tóxicos descriminalizou a conduta de porte de drogas para consumo pessoal, sendo verdadeira *abolitio criminis*, e fundamenta essa posição com base na Lei de Introdução ao Código Penal, que dispõe em seu artigo 1º que “*crime é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, isolada, cumulativa ou alternativamente com a pena de multa; contravenção é a infração penal apenada com prisão simples ou multa (ou ambas, alternativa ou cumulativamente).*”

Neste sentido, afirma Luiz Flávio Gomes:

[...] se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em 'crime' ou em 'contravenção penal' (por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal). O art. 28, conseqüentemente, contempla uma infração sui generis (uma terceira categoria, que não se confunde nem com crime nem com a contravenção penal).(Gomes, 2006, p.118/119)

Nesse sentido, aliás, chegaram a se posicionar nossos tribunais, conforme julgado reproduzido em parte:

Ao analisar o artigo 28 dessa lei especial (substitutivo do artigo 16 da lei 6.368/76), conclui-se claramente que não mais se penaliza ou pune o porte de substância entorpecente para consumo próprio, o que equivale a verdadeira abolitio criminis (descriminalização branca) O legislador tão-somente permite aplicar ao autor da infração (quer por meio de decisão final em processo, quer por proposta de transação penal – lei n. 9.099/95) medidas educativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), as quais não podem ser executadas de forma prática no âmbito penal [...] (TJSP – AC n. 1019738.3-4 – Rel. Daniel Issler – j. 09/11/2007)

Todavia, a doutrina e jurisprudência majoritária reconhecem que a nova lei continua a criminalizar a conduta, sob os argumentos de que a Constituição Federal, hierarquicamente superior ao Código Penal, abre a possibilidade, em seu artigo 5º, XLVI, de se prever outras penas, além das elencadas na LICP. Trata-se de um rol exemplificativo e não taxativo. Ademais, o legislador, propositadamente, deixou o artigo 28 no capítulo “Dos Crimes e das Penas”, o que evidencia seu caráter criminoso. O que houve, na verdade, foi uma despenalização, ao abolir a pena privativa de liberdade para a conduta em comento.

Ademais, no relatório que embasou a aprovação do Projeto de Lei que deu origem à Lei 11.343, na Câmara dos Deputados, afirmou-se taxativamente:

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação deste delito. O que fazemos é apenas

modificar os tipos e as penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação de liberdade, como pena principal [...] (Disponível em www.camara.gov.br)

Buscando por fim à discussão, o STF assim se pronunciou:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolição criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. (RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. (RE-430105)

Alguns, por sua vez, defendem uma desprisionalização desta conduta típica. Conforme sustenta Nucci: “ *No tocante ao referido acórdão, somente não aquiescemos com a ocorrência de despenalização, trazida pelo art. 28 da Lei 11.343/06. Penas existem, porém mais brandas. Houve, então, mera desprisionalização.*” (Nucci, 2007, p. 301)

Com efeito, *data vênia* do entendimento da egrégia Suprema Corte pátria, a qual, cremos, utilizou impropriamente o vocábulo “despenalização”, partilha-se do posicionamento de Nucci de que o porte de drogas para consumo pessoal continua a ser crime, porém ocorreu, na verdade, um processo de desprisionalização.

Afasta-se, definitivamente, a tese de descriminalização ao considerarmos que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado num tempo em que nem mesmo as “penas alternativas” se encontravam na Parte Geral do Código Penal (incluídas com a lei n. 7.209/84). O Direito Penal daquela época era outro e bem diferente do que agora se busca efetivar na vida contemporânea, e por isso a definição desatualizada do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não resolve a questão. Se se atentar às modernas concepções da palavra “crime”, observaremos que nenhuma delas se reduz a defini-lo apenas a seus efeitos jurídicos.

Edgar Magalhães Noronha leciona que:

Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. (Noronha, 1993, p. 94)

Damásio de Jesus não diverge ao afirmar que:

Crime, em primeiro lugar, é um fato. Dentre os fatos, constitui um fato jurídico, pois produz efeitos jurídicos, não sendo, assim, indiferente ao Direito. Como fato jurídico, é uma ação (ou omissão) humana de efeitos jurídicos involuntários. Nessa categoria, corresponde ao ilícito penal. (Jesus, 2009, p. 162)

Entretanto, não se pode concordar com a tese de que houve despenalização da conduta em comento, circunstância que implicaria em ausência de aplicação de pena, o que, a toda evidência, não ocorre na legislação pátria. Malgrado a vigente lei de droga tenha inovado ao aplicar a esdrúxula e ineficaz, advertência quanto aos efeitos das drogas, não se pode olvidar que podem ser aplicadas, ainda, alternadas ou cumulativamente as penas de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Como argumenta a própria corrente que defende eventual

despenalização, a Constituição Federal permite que a lei adote outras penas além da privativa de liberdade, sem que, contudo, percam seu caráter punitivo. Destarte, incontestemente a aplicação de pena ao infrator do artigo 28 da lei n. 11.343/06, afastando por completo a tese de depenalização.

Ademais, não se pode olvidar que a Lei de Drogas traz as infrações relativas aos usuários em capítulo incisivamente denominado “Dos Crimes e das Penas”, certamente não de forma equivocada.

Superadas essas divergências, questiona-se, ainda, ao vislumbrar-se a atitude tímida do legislador – que, considerando a questão como caso de saúde pública, buscou afugentar a antiquada posição que tratava usuários e dependentes como criminosos, cominando-lhes inadequada e injustificável pena privativa de liberdade, porém, talvez temendo eventual repercussão social negativa, não ousou legalizar o consumo das drogas – se as penas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06 seriam realmente capazes de atingir sua função de repreensão e prevenção do ilícito penal.

5 FUNÇÃO DA PENA

De acordo com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, princípios basilares da dogmática penal, o Direito Penal deve ser utilizado com parcimônia, para proteger bens jurídicos essenciais de agressões intoleráveis, quando outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita. Nas palavras de Cleber Masson:

Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. (Masson, 2009, p.32)

Nesse contexto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em caso de lesões de maior gravidade. (HC 50.863/PE, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 04.04.2006)

Para a efetiva tutela dos bens jurídicos essenciais, o Direito Penal utiliza-se da pena, consequência jurídica do delito, que deve buscar conciliar a exigência de retribuição com os fins de prevenção (geral e especial), com resultados produtivos para a sociedade e para o próprio infrator. Conforme ensina Damásio de Jesus:

Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

(...)

Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção é:

geral;

especial.

Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes.

Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinqüir e procurando corrigi-lo. (Jesus, 2009, p. 515)

Conforme se observa com o presente estudo, o legislador achou por bem reservar as penas privativas de liberdade aos delitos tidos como de maior reprovabilidade, cominando penas alternativas para uma conduta que, evidentemente, continua sendo reprovada pela sociedade em geral e pelos legisladores em particular, porém, conforme se infere da legislação atual, que não tem o poder de ofender, com magnitude considerável, bens jurídicos essencialmente relevantes. Dispõe o artigo 28 da lei de drogas:

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 serviço à comunidade;

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

(...)

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

Oportuno registrar justificativa final do Senado ao Projeto de Lei que se transformou na Lei n. 11.343/06, veiculado pelo parecer 846, da Comissão de assuntos sociais do Senado, publicado no Diário do Senado Federal, em 6/7/2006, que evidencia a ideologia do legislador de que o uso de entorpecentes deixou de ser tratado como um delito grave, uma vez que não atenta sobremaneira bem jurídico essencial:

O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranqüilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das conseqüências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer.

Com efeito, a lei continua a considerar o porte de entorpecentes como crime, porém, cominou-lhe penas ainda mais brandas que as previstas para as contravenções penais – infrações de menor potencial ofensivo, que prevêm penas de multa e prisão simples. Ocorre que, ao adotar tal posição, o legislador instituiu penas cuja força coercitiva é tão inexpressiva que ninguém se sentirá estimulado a não usar drogas.

O que se observa, na prática, é que a Lei de Drogas inviabilizou a eficácia da sanção penal, revelando, nitidamente, o fenômeno chamado Direito Penal Simbólico. Segundo Claus Roxin, citado por Charles Emil M. Martins:

O direito penal simbólico manifesta-se por meio de dispositivos que não gera, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que se está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas. (Martins, 2008, p. 75)

Conforme esclarece didaticamente Nucci:

Entretanto, somente para argumentar, imaginemos o usuário eventual, mas fiel aos seus propósitos, de modo que reincidente várias vezes. Se for economicamente abonado, pode pagar pelo luxo de usar drogas, sem que o Estado possa tomar medidas coercitivas eficientes, pois a prisão está afastada. Deverá cumprir pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços a comunidade ou a freqüência a cursos, mas, se não o fizer, receberá admoestação e, no máximo, multa. Cuidando-se de pessoa economicamente pobre, pode dar-se ao luxo de usar drogas e nem mesmo pagar a multa estabelecida para coagi-lo a cumprir as medidas restritivas de direitos, pois nada possui de valioso a ser objeto de execução forçada. (Nucci, 2007, p. 298)

Nessa esteira, deveria, então, o legislador, em atitude coerente e honesta, transformar o porte de entorpecentes em ilícito administrativo, delegando ao Direito Administrativo a aplicação das sanções pelo porte de drogas, afinal, tratamento e orientação sobre saúde são incompatíveis com a lógica da criminalização.

Neste sentido, Nucci observa com perspicácia:

Em nossa visão, deveriam ser dadas muitas oportunidades ao usuário de drogas, mas com um limite qualquer, acarretando a aplicação de pena privativa de liberdade, como medida final, em caso de insucesso de todas as anteriores. Não é possível continuar considerando crime essa conduta (art. 28, caput, desta Lei) e, concomitantemente, afastar por completo, a viabilidade de prisão do condenado recalcitrante e insistente. (Nucci, 2007, p. 298)

A título de exemplo, a risível, senão ridícula, advertência quanto aos efeitos nocivos da droga consegue tão somente expor o Judiciário ao ridículo e levá-lo ao descrédito. Tal sanção banaliza o direito penal e transforma o magistrado em orientador da saúde. Charles Emil declarou com justeza que *“a posição da legislação brasileira, além de não ser terapêutica, não é pedagógica, pois, embora considere crime o porte para consumo próprio, criou penas cuja força repressiva é tão inexpressiva que ninguém se sentirá dissuadido a não usar drogas.”* (Emil, 2008, p. 79)

Segundo Sérgio Salomão Shecaira, citado por Pedro Krebs em trabalho sobre a natureza jurídica das sanções descritas no artigo 28, *“... o ideal*

seria impor àquelas condutas mais graves, uma pena, enquanto que, para as menos lesivas, a imputação de uma sanção administrativa far-se-ia suficiente.” (Krebs, 2008, p. 245)

A situação se torna ainda mais polêmica quando o infrator é flagrado portando ou guardando drogas dentro de uma unidade prisional. Incontestável a incompatibilidade do cumprimento simultâneo de pena privativa de liberdade com a prestação de serviço à comunidade. Ademais, considerando-se a finalidade terapêutica das sanções cominadas, nenhum efeito curativo terá a aplicação da referida reprimenda após o cumprimento da pena de prisão, em data futura e incerta. Igualmente prevalecem esses argumentos quanto à pena de comparecimento a programa ou curso educativo. Resta, portanto, a inútil pena de advertência quanto aos efeitos da droga, totalmente incompatível com os fins a que se propõe o direito penal. Malgrado haja entendimento pacífico em nossos Tribunais de que a conduta continua a ser crime, em primeira instância, a situação acima retratada leva muitos membros do Ministério Público a arquivarem os procedimentos instaurados para apuração dessa infração penal por falta de interesse de agir (afinal, percebem de plano a inutilidade prática da persecução penal e de toda a movimentação do aparato judiciário) ou ainda, quando dão prosseguimento ao feito e oferecem denúncia em face do autor, deparam-se com a rejeição da inicial, pois muitos magistrados adotam entendimento no mesmo sentido.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes de uma tendência mundial, a fim de atender à função social do direito e, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana, segue inexorável evolução no tratamento dispensado aos usuários e dependentes de drogas, deixando de equipará-los ao traficante de drogas ilícitas e encarando o problema como uma questão, predominantemente, de saúde pública.

Com efeito, malgrado a Lei n. 11.343/06 ainda tipifique o porte de entorpecentes para consumo pessoal como crime, numa atitude razoável, o

legislador aboliu as penas privativas de liberdades, num evidente processo de desprisionização.

Porém, ao cominar penas, antes terapêuticas que repressivas, o legislador brasileiro desprezou as funções da pena, tornando-as inexecutáveis, num evidente manejo simbólico do Direito Penal, causando a sensação generalizada de omissão do Poder Judiciário e estimulando a prática que, cinicamente, buscou combater.

O rigor penal de outrora no combate ao consumo de entorpecentes deu lugar a uma justiça terapêutica, incompatível com o que se propõe o Poder Judiciário e, em especial, o Direito Penal.

Não se dispõe, este trabalho, a fazer apologia à legalização das drogas, tampouco a levantar a bandeira proibicionista, que propõe a efetiva criminalização do tráfico e do consumo, numa verdadeira “guerra às drogas”.

No entanto, defende-se uma postura mais coerente e razoável do legislador brasileiro de maneira que, ao considerar o usuário antes um doente que um criminoso, passível de tratamento médico e psicológico e merecedor de orientação, abstenha o Poder Judiciário, já tão sobrecarregado, de tal tarefa e a delegue às autoridades no âmbito administrativo, limitando o Direito Penal à repressão ao tráfico de drogas, onde se faz realmente necessária sua atuação.

7 BIBLIOGRAFIA

CALLEGARI, André Luis e outros. **Lei de Drogas – aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.

CARRICONDO, Bruno Staffuzza. Monografia: **Apontamentos sobre a Lei n. 11.343/2006 – Aspectos Críticos e Sociais**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2007.

DIP, Ricardo e MORAES JR, Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo – reflexões politicamente incorretas**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Vol. I, 30ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. **Direito penal**. Vol. I. 30ª ed. São Paulo: Saraiva. 1993.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges e GALVÃO DE CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/Usuar.htm. Acesso em 17 de março de 2010.

www.planalto.gov.br Acesso nos meses de junho e julho de 2011.

www.tjsp.gov.br. Acesso em 18 de julho de 2011.