

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS



Consumo de drogas: crime ou doença?

O debate jurídico sobre a Lei nº 11.343/06

Glauber Miguel Gonçalves

**Belo Horizonte
2010**

Glauber Miguel Gonçalves

Consumo de drogas: crime ou doença?

O debate jurídico sobre a Lei nº 11.343/06

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Estudos de
Criminalidade e Segurança
Pública/CRISP da Faculdade de
Filosofia e Ciências Humanas da
Universidade Federal de Minas Gerais.

Orientador(a): Prof.(a) Dr (a). Vera
Alice Cardoso da Silva

**Belo Horizonte
2010**

Glauber Miguel Gonçalves

Consumo de drogas: crime ou doença? O debate jurídico sobre a Lei nº 11.343/06

Trabalho Final apresentado ao Curso de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, requisito para obtenção do Título de Especialista.

Belo Horizonte, 2010.

Prof. (a) Dr. (a) Vera Alice Cardoso da Silva

(Orientadora)

Prof. (a) Dr. (a) Andréa Maria Silveira

(Examinadora)

RESUMO

Esta monografia estuda o debate sobre o enquadramento do uso de drogas como crime, analisando a alteração na Lei nº 11.343/06 e as teses doutrinárias sobre o sentido da nova regulamentação. Baseia-se na identificação da evolução da regulamentação sobre o uso de drogas na legislação brasileira e na análise dos debates provocados pelas mudanças nas concepções normativas relativas a este comportamento. Após a apresentação do debate decorrente da promulgação da Lei nº 11.343/06, que introduziu a figura do usuário de drogas como caso de saúde pública, propõe-se reflexão sobre o modo como a legislação afeta o trabalho “na ponta”, isto é, os procedimentos utilizados por policiais e delegados que se defrontam com o usuário de drogas e devem encaminhar o infrator ao âmbito judicial.

Palavras-chave: consumo de drogas; legislação sobre consumo de drogas; usuário de drogas e práticas policiais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1 - A EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE USO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	04
CAPÍTULO 2 - POSSE DE DROGAS NO PLANO JURÍDICO: CONCEPÇÕES SOBRE SUA CONEXÃO COM O CONSUMO PRÓPRIO.....	10
DESCRIMINALIZAÇÃO SUBSTANCIAL (ABOLITIO CRIMINIS) DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.....	10
DECRIMINALIZAÇÃO FORMAL DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.....	13
DESPENALIZAÇÃO DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.....	15
CAPÍTULO 3 - USUÁRIO DE DROGAS: PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA E DE SEGURANÇA PÚBLICA.....	19
CONCLUSÃO - DIRETIVAS DO SISTEMA DE DEFESA SOCIAL PARA O USUÁRIO DE DROGAS: O CASO DE MINAS GERAIS.....	23
REFERÊNCIAS.....	31

Agradeço à professora e orientadora Vera Alice, pelo apoio e incentivo que tornaram possível a conclusão desta pesquisa, aos demais mestres pelos conhecimentos transmitidos, e à Coordenação do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/Crisp da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais pelo apoio Institucional e pelas facilidades oferecidas.

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por finalidade investigar o debate sobre o enquadramento do uso de drogas como crime. A instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad deu origem a muitas discussões relativas à posse de entorpecentes para uso próprio. Seria esta um crime? Ou não poderia ser configurada como tal?

A divergência de opiniões funda-se em alteração na legislação pertinente, que ocorreu a partir da Lei nº 11.343/06. Por este diploma legal, o legislador rejeitou a prisão como instrumento válido de resposta punitiva à conduta do consumidor de drogas. Reportou o usuário a uma política de prevenção ao uso de drogas, associada a políticas de assistência e de reinserção social.

A partir desta mudança de concepção normativa, os estudiosos deste fenômeno identificaram três interpretações possíveis sobre o sentido da regulamentação. A primeira delas pressupõe que a alteração legal conduziu à despenalização do crime de posse de drogas para consumo pessoal. A segunda funda-se na afirmativa de que houve a descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não a abolição do ato como crime. A terceira, por fim, afirma que ocorreu a descriminalização substancial (total) da posse de entorpecentes para uso próprio, ou seja, houve de fato a *abolitio criminis*.

Note-se, que cada interpretação tem implicações sociais e jurídicas distintas. Socialmente, não se pode ignorar que o julgamento que se faz daqueles que utilizam drogas lícitas é distinto do que se refere àqueles que utilizam drogas ilícitas. Embora, atualmente, fumar e beber bebidas alcoólicas sejam comportamentos condenados por aqueles que entendem que tais práticas fazem mal à saúde, a reprimenda social a essas práticas está longe de ser a mesma dispensada àqueles que utilizam craque, cocaína e maconha, substâncias entorpecentes classificadas como ilegais. Já no plano jurídico, a conduta criminosa tem consequências objetivas para o indivíduo como punição severa em caso de reincidência ou perda de cargo público, por exemplo.

Ressalta-se, portanto, a importância deste debate, pois, atualmente, o uso e o tráfico de drogas se destacam, no âmbito da criminalidade, como propulsores de diversos outros delitos. Crianças, adolescentes e adultos cometem pequenos furtos com o intuito de auferir recursos para adquirir drogas. Diversos crimes são praticados sob a influência destas substâncias alucinógenas. Vários homicídios relacionam-se com dívidas ou disputas por pontos de venda de entorpecentes. Nota-se, inclusive, que o tráfico de drogas é alimentado pelo grande número de usuários. Simplesmente colocá-los atrás das grades não resolve o problema, pois o fato de ter o seu direito de ir e vir restringido não transforma o usuário em ex-usuário. Desta forma, o estudo acerca da caracterização jurídica precisa da posse de drogas para uso pessoal é ponto de partida crucial para se planejar como melhor enfrentar o problema do uso de drogas ilícitas cujos efeitos sociais perversos já são muito conhecidos.

Nesta monografia pretende-se demonstrar que a alteração da norma jurídica em relação ao usuário de entorpecentes redundou na descriminalização formal e na despenalização da posse de drogas para uso pessoal, uma vez que o legislador passou a enxergar o usuário como vítima e não como criminoso. No entanto, o legislador não deixou de destacar que o consumo das drogas tem impacto público e que, assim sendo, a legalização poderá conduzir ao agravamento da demanda por serviços de saúde pública.

Nesta linha de argumentação, a monografia propõe-se a analisar a alteração decorrente da entrada em vigor da atual lei de tóxicos, identificando (legalmente) o usuário de drogas para a legislação em vigor. Serão ressaltadas as implicações e restrições legais às quais este usuário está sujeito. Serão analisadas as três interpretações decorrentes da lei de tóxicos no âmbito jurídico, a saber, a despenalização (o crime de posse de entorpecentes para uso próprio continua a existir, não cabendo para o mesmo penas restritivas de liberdade), a descriminalização formal e despenalização (a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente crime, mas não perdeu seu conteúdo de infração) e a descriminalização substancial ou

total (afasta o caráter criminoso da posse para uso pessoal e a legaliza totalmente). A análise proposta visa a demonstrar que a alteração da legislação vigente teve por objetivo impor o tratamento do usuário de drogas como um problema de saúde pública e não apenas de segurança pública.

Para tanto, a monografia foi desenvolvida em três capítulos e uma conclusão.

O capítulo 1 aborda a previsão legal acerca do uso de drogas antes e depois da atual lei de tóxicos. São destacadas as alterações decorrentes da nova lei e as implicações de tais mudanças para o tratamento jurídico do usuário de drogas. A análise feita destaca o problema da própria definição do usuário de drogas na legislação atual.

O capítulo 2 expõe as três interpretações decorrentes da lei de tóxicos, a saber, a tese da descriminalização (o crime de uso de drogas deixou de existir?), a tese da legalização (o uso de drogas passou a ser permitido?) e a tese da despenalização (o crime de drogas continua a existir, não cabendo para o mesmo penas restritivas de liberdade?). Busca-se destacar o fundamento jurídico de cada interpretação. Partindo desta perspectiva, procura-se demonstrar qual das interpretações propostas é a mais aceita.

O capítulo 3 visa a propor uma interpretação para a alteração da legislação que estabeleceu penas alternativas à restrição de liberdade para o usuário de drogas. Na nova perspectiva o poder público passou a enxergar o usuário de drogas como vítima e não como criminoso. Deste modo, o problema deixou de ser apenas de segurança pública, passando a fazer parte da saúde pública.

Na conclusão, busca-se apontar os ganhos e limitações da legislação atual no que se refere ao atendimento e proteção ao usuário de drogas. Enfatiza-se a abordagem a partir da perspectiva dos agentes do sistema de defesa social encarregados de lidar diretamente com encaminhamento do usuário de drogas no sistema judicial, isto é, policiais e delegados. Toma-se como referência para esta análise o depoimento de agentes do sistema de defesa social do estado de Minas Gerais.

CAPÍTULO 1 - A EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE USO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Desde o Código Penal de 1940, o ordenamento jurídico brasileiro ocupa-se da posse e uso de entorpecentes. O capítulo intitulado “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes” em seu art. 281 assim dispunha:

Art. 281. 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 contos de réis. (BRASIL, 1940)

Em 1964, a Lei nº 4.451 alterou o art. 281, que passou a ter a seguinte redação:

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. (BRASIL, 1964)

Nota-se, entretanto, que, neste período, o usuário de drogas não era citado no texto legal. A posse (“trazer consigo”) era assemelhada ao tráfico (“importar ou exportar, vender ou expor à venda”) para fins de punição por parte do Estado. A finalidade da posse do entorpecente não era relevante para a tipificação da conduta como crime.

Somente em 1968, com o advento do Decreto-Lei nº 385, o texto do art. 281 passou a prever a posse para o uso próprio de substância entorpecente. O referido artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância

entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.) (BRASIL, 1968)

Todavia, a modificação não alterou, significativamente, o crime de posse para uso próprio, pois nas mesmas penas incorreriam o produtor, o traficante e o usuário de drogas.

Em 1971, o legislador alterou novamente o capítulo referente aos crimes relacionados ao tráfico e uso de entorpecentes. Com a entrada em vigor da Lei nº 5.726, o capítulo até então intitulado “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes” passou a ser denominado “Comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”. Consagrou-se, desta forma, a distinção entre o comércio (tráfico) e a posse para uso próprio, conforme se verifica pela nova redação do artigo 281:

COMÉRCIO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; (BRASIL, 1971)

Entretanto, a alteração decorrente da Lei nº 5.726 de 1971 manteve a mesma posição do Decreto-Lei nº 385 de 1968, pois, embora as alterações tenham proporcionado a distinção entre o usuário e o traficante, o tratamento destinado a eles não foi modificado. A pena para o tráfico e para a posse para uso próprio continuou sendo a mesma, demonstrando que o tratamento dispensado ao usuário deveria ser o mesmo do aplicado ao traficante.

Em 1976 o ordenamento jurídico sofreu grande alteração em relação aos crimes de tráfico e posse para uso próprio de entorpecentes. A Lei nº 6.368 de 1976 revogou, tacitamente, o art. 281 do Código Penal. Com a descodificação, ou seja, com a retirada desta modalidade delituosa do Código Penal - diploma legal encarregado de estipular os crimes e suas respectivas sanções, a previsão legal acerca destes tipos penais passou a decorrer de norma especial.

Segundo a professora Maria Helena Diniz, uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta. (DINIZ, 2007, p. 40)

Com o advento da referida norma especial, a posse para uso próprio passou a ser tratada de forma distinta da que é dada ao caso do tráfico de entorpecentes. O uso deixou de ser equiparado ao tráfico sendo, inclusive, tratado em um artigo específico, conforme se verifica das redações dos artigos 12 e 16:

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

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

Art. 16 - Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. (BRASIL, 1976)

A inovação trazida pela Lei nº 6.368 de 1976 impôs uma pena mais branda ao usuário de drogas, a partir do momento em que sua situação começou a ser entendida como um problema de saúde pública.

Em 2002, discutiu-se no Congresso Nacional a possibilidade de substituição da Lei nº 6.368, de 1976, pela redação contida no projeto de lei que se transformaria na Lei nº 10.409. Todavia, o projeto continha tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovada sua parte processual. (CAPEZ, 2006, p. 01)

Desta forma, a Lei nº 6.368, de 1976, continuou vigente em relação aos crimes de tráfico e uso de entorpecentes no seu aspecto penal, mas a parte processual passou a ser regulada pela Lei nº 10.409 de 2002.

O jurista Fernando Capez (2006) concluiu que a legislação antitóxicos se transformou em verdadeiro monstro do Direito brasileiro, pois a parte penal continuou sendo a de 1976, enquanto a processual, de 2002, cada uma delas correspondendo a diferentes concepções sobre crimes associados a tráfico e consumo de drogas.

Em 2006, no intuito de corrigir a referida aberração, o legislador aprovou a Lei nº 11.343, que revogou expressamente as Leis 6.368, de 1976, e 10.409, de 2002, assim unificando o tratamento jurídico da regulamentação sobre drogas.

Contudo, esta não foi a alteração mais relevante trazida pelo novo diploma jurídico. A grande alteração decorrente da entrada em vigor da Lei nº 11.343, de 2006, está no tratamento dispensado ao usuário de drogas.

A partir da entrada em vigor do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, o usuário de drogas não mais sofre penas restritivas de liberdade. O art. 28 dessa Lei prevê diversas penas alternativas àquele que portar entorpecentes para uso pessoal:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, 2006)

A relevante alteração visou a dar tratamento distinto para o usuário de drogas.

Contudo, embora a alteração tenha se pautado em diversas razões de ordem social, provocou ampla discussão jurídica acerca da exclusão da pena restritiva de direitos para o usuário de drogas.

Analisando a mudança, os juristas identificaram pelo menos três interpretações sobre seu sentido e implicações. Uma interpretação possível é que a alteração legal implica a despenalização do crime de posse de drogas para consumo pessoal. Uma segunda leva à conclusão de que houve a descriminalização formal e, ao mesmo tempo, despenalização, mas não a abolição do crime. Uma terceira defende que ocorreu a descriminalização total da posse de entorpecentes para uso próprio, ou seja, o uso de entorpecentes deixou de ser crime.

Diante do exposto, nota-se que o tratamento do usuário de drogas, no plano da legislação pertinente, evoluiu ao longo do tempo.

À época em que a regulamentação fazia parte do Código Penal, o usuário era equiparado ao criminoso e a ele era imputada a mesma sanção prevista para o traficante. Com o processo de descodificação, a situação do usuário foi modificada, sendo a ele imposta uma pena menor que a aplicada ao traficante, o que demonstrou a mudança de visão do legislador e da sociedade sobre consumo de drogas ilícitas. Passou-se a enxergar o usuário como um infrator de menor potencial ofensivo. Atualmente, com a aprovação da Lei nº 11.343, de 2006, o usuário deixou de ser considerado criminoso, passando a ter um tratamento legal destinado a pessoas identificadas como doentes.

Todavia, a evolução da visão jurídica do tratamento destinado ao usuário conduziu a conflitos de interpretação acerca da inovação contida na Lei nº 11.343, de 2006. Tal debate é o objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 - POSSE DE DROGAS NO PLANO JURÍDICO: CONCEPÇÕES SOBRE SUA CONEXÃO COM O CONSUMO PRÓPRIO

A introdução no Brasil de uma política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário, uma das alterações trazidas pela Lei nº 11.343/06, gerou a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, prevista no art. 28 da referida lei. (SILVA, 2009, p. 01)

Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p. 01), “descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime”.

Para o renomado jurista, há três espécies de descriminalização, a saber,

(a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não retira do âmbito do Direito Penal (essa é a descriminalização puramente formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e o proscree do Direito Penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial ou total). (GOMES, 2006, p. 01)

O debate acerca da posse de drogas no plano jurídico divide-se entre a descriminalização substancial ou total, a descriminalização formal e a despenalização, esta última entendida como a suavização da resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato. (GOMES, 2006, p. 02)

DESCRIMINALIZAÇÃO SUBSTANCIAL (ABOLITIO CRIMINIS) DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

A primeira concepção pressupõe a descriminalização substancial da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, ou seja, *abolitio criminis*, que importa em legalização da conduta. (SILVA, 2009, p. 04)

Na legalização, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, isto é, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório. A venda de bebidas alcoólicas para adultos, por exemplo, hoje, está legalizada e, por isso, não gera nenhum tipo de sanção, civil, administrativa ou penal. (GOMES, 2006, p. 02)

Segundo Rogério Greco (2008, p. 111), o fenômeno jurídico conhecido por *abolitio criminis* ocorre quando o legislador resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que previa, pois passou a entender que o Direito Penal não se faz necessário à proteção de determinado bem individual ou coletivo.

O renomado autor (2008, p. 112) conclui ainda que, descriminalizando a conduta, até então punida pelo Direito Penal, o Estado abre mão do seu *ius puniendi* (direito de punir) e, por conseguinte, declara a extinção da punibilidade (art. 107, III, do Código Penal) de todos os fatos ocorridos anteriormente à edição da lei nova.

Greco (2008, p. 112) afirma ainda que, além de conduzir à extinção da punibilidade, a *abolitio criminis* faz cessar todos os efeitos penais da sentença condenatória, permanecendo os efeitos civis.

Nota-se, desta forma, que, por essa interpretação o art. 28 não pertence ao direito penal, pois consiste numa infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final. (SILVA, 2009, p. 05)

A fim de sustentar esta tese, os autores que a defendem argumentam que, embora o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, se encontre inserido no capítulo denominado “Dos crimes e das penas”, em alguns dispositivos legais, quando é feita a referência às consequências a serem impostas ao usuário, a mesma Lei fala em medidas educativas, o que valida o entendimento de não se tratar de crime, pois as penas de advertência e encaminhamento a programas educativos não possuem nenhuma carga restritiva, ao contrário, têm natureza educativa. (SILVA, 2009, p. 05)

Estes doutrinadores afirmam, inclusive, que a natureza jurídica da sentença condenatória do usuário de drogas é idêntica à da proferida na ação de improbidade administrativa, que gera consequências não penais, típicas do Direito judicial sancionador. (SILVA, 2009, p. 06)

Alice Quintela, acerca do Direito judicial sancionador, afirma que:

Observando que a administrativização de ilícitos penais acarreta a mitigação de garantias individuais, propõe-se que, após o procedimento descriminalizatório, proceda-se à jurisdicionalização do setor mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criando-se uma nova espécie de direito, denominado “direito judicial sancionador”.

Este novo ramo jurídico em muito se assemelha ao direito de intervenção proposto por Hassemer, porquanto se incumbiria da contenção dos riscos oriundos do processo de modernização da sociedade, atuando nos novos focos de insegurança de modo prioritariamente preventivo. Por ser sobremaneira mais flexível que o direito penal em relação às garantias materiais e processuais, o direito judicial sancionador disporia de sanções menos severas que as penais, renunciando à imposição da pena de prisão. (OLIVEIRA, 2008, p. 5054)

Os teóricos que defendem esta concepção argumentam que a preocupação com a prevenção, atenção e reinserção social do usuário de drogas é marca distintiva da nova Lei, pois esta rompe com a sistemática das anteriores ao tratar a fundo essas questões em trinta dos seus setenta e cinco artigos. A criação do SISNAD é incompatível com o discurso limitado às ações de combate às drogas, pois a nova lei privilegia a ideia de prevenção. (SILVA, 2009, p. 06)

Outro fundamento utilizado por estes estudiosos para justificar sua interpretação é que o fato de o usuário alimentar o comércio ilícito não é motivo suficiente para criminalizar o uso; comparam o fato com o comportamento das pessoas que degradam o meio ambiente ao utilizarem determinados produtos, como o inseticida e, no entanto, isso não faz com que esta conduta seja incriminada. (SILVA, 2009, p. 06)

Por fim, argumentam que o fato de a sentença ser emanada de um juiz criminal não é suficiente para se concluir que a sentença é de natureza penal, pois o juiz criminal não está impedido de atuar em outras áreas. Exemplo disto é a imposição de medidas protetivas de

urgência, com natureza cível, derivadas da lei que penaliza a violência contra a mulher – Lei Maria da Penha. (SILVA, 2009, p. 06)

DESCRIMINALIZAÇÃO FORMAL DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

Para a segunda interpretação, a Lei nº 11.343, de 2006, aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Assim, este fato deixou de ser legalmente considerado crime, embora seja um ilícito, um fato contrário ao direito. Ocorreu, desta forma, descriminalização formal, mas não legalização da droga. O fato não foi retirado do âmbito do Direito Penal. (GOMES, 2006, p. 02)

O principal fundamento desta concepção encontra respaldo no conceito de crime e contravenção penal, estipulados na Lei de Introdução ao Código Penal. O art. 1º dessa Lei prevê:

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. (BRASIL, 1941)

Portanto, se no ordenamento jurídico brasileiro crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, não há dúvida de que a posse de droga para consumo pessoal, a partir da Lei nº 11.343/06, deixou de ser crime, pois, do ponto de vista formal, as sanções impostas para essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão e tão somente à advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. (GOMES, 2006, p. 02)

Nota-se, ainda, que a conduta posse de drogas para uso próprio não caracteriza contravenção penal, pois esta só existirá quando a lei cominar prisão simples ou multa, o que não mais ocorre com a posse de drogas para consumo próprio. (GOMES, 2006, p. 02)

Todavia, os estudiosos que se filiam a esta concepção trazem outros argumentos que fundamentam a descriminalização formal do crime de posse de drogas para uso próprio. Os professores Luiz Flávio

Gomes e Rogério Cunha Sanches, citados pelo Ministro Sepúlveda Pertence no relatório do Recurso Extraordinário nº 430.105-9, sintetizam tais ideias da seguinte forma:

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o §4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como "crime" significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como "criminoso". Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*. (BRASIL, 2007, p. 03)

Diante do exposto, conclui-se que, para estes juristas, a posse de droga para consumo próprio passou a configurar uma infração *sui generis* (única do seu gênero) de caráter penal, pois não se trata de um crime nem de uma contravenção. Por sua vez, não se pode afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas por um juiz e não por uma autoridade administrativa. É *sui generis* porque as penas cominadas são alternativas e a conduta passou a contar com uma disciplina jurídica específica, divergente das demais e cabível apenas neste caso. (GOMES, 2006, p. 03)

DESPENALIZAÇÃO DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

A terceira interpretação pressupõe que a alteração legal redundou na despenalização do crime de drogas para consumo próprio.

Despenalizar denota mitigar a resposta penal, a partir da adoção de penas alternativas ao invés de penas restritivas de liberdade.

Significa suavizar as medidas coercitivas evitando-se o uso da pena de prisão. A lei dos juizados especiais criminais, por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil algumas medidas despenalizadoras como, por exemplo, a composição civil e as penas restritivas de direitos. (GOMES, 2006, p. 02)

Esta interpretação, em contraposição às duas apresentadas anteriormente, encontra-se fundamentada, principalmente, no voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ, julgamento ocorrido em 13 de fevereiro de 2007, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF. (SILVA, 2009, p. 6)

No relatório, o Ministro Sepúlveda Pertence defende que a posse para uso próprio é crime punido com penas alternativas e que o usuário é um tóxico-delinquente. Desta forma, houve apenas a redução da carga punitiva face às novas espécies de penas previstas: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo. (SILVA, 2009, p. 6)

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, consolidado pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, baseou-se em diversos fundamentos.

O primeiro deles se pauta na Constituição Federal de 1988. A Lei Maior, em seu artigo 5º, XLIX e XLVII, possibilita o estabelecimento de penas diversas da privação ou restrição da liberdade, pois estas constituem apenas opções constitucionais que podem ou não ser adotadas por um diploma legal. (PERTENCE, 2007, p. 04)

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: [...]

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;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (BRASIL, 1988)

Diante da possibilidade constitucional de instituição de penas alternativas, o Ministro afasta o argumento de que a Lei de Introdução ao Código Penal seria um óbice à criação de crimes sem a imposição de penas de reclusão ou detenção. Para ele, a norma contida na referida Lei apenas estabelece um critério para distinguir crime de contravenção. (PERTENCE, 2007, p. 04)

O segundo argumento refere-se à inserção do artigo que trata da posse para uso próprio no capítulo da Lei intitulado “dos crimes e das penas”. (PERTENCE, 2007, p. 04)

A esse respeito Pertence afirma que:

...seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto despreço do legislador pelo rigor técnico, que o teria levado – inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas. (PERTENCE, 2007, p. 04)

O terceiro argumento trazido pelo Ministro relaciona-se ao instituto da reincidência. O art. 28, § 4º, faz alusão à reincidência o que demonstra que o legislador tratou o usuário como criminoso, pois, considera-se reincidente aquele que, depois de condenado por crime ou contravenção, pratica nova infração penal. (PERTENCE, 2007, p. 04)

Por fim, o Ministro do STF fundamenta a sua tese de despenalização da posse para uso próprio, afirmando que foi estabelecido o rito processual destinado aos crimes de menor potencial ofensivo. (PERTENCE, 2007, p. 04)

Para ele, se a lei determina que o processamento jurídico do ato praticado pelo usuário se dará da mesma forma que o processo aplicado aos crimes de menor potencial ofensivo, nota-se que o

legislador equiparou a posse para uso pessoal aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, àqueles cuja pena máxima é inferior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Em defesa, também, da despenalização da posse de drogas para consumo próprio, o célebre jurista Fernando Capez sintetiza os argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence da seguinte forma:

Entendemos que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e as penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, §1º, da Nova Lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI. (CAPEZ, 2006, p. 03)

De todo o exposto, nota-se que, para aqueles que interpretam que a alteração legal decorreu apenas da despenalização, a posse de drogas para consumo próprio continua a ser um crime tipificado em legislação especial e o usuário continua a ser um tóxico-delinquente, ou seja, um criminoso.

CAPÍTULO 3 - USUÁRIO DE DROGAS: PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA E DE SEGURANÇA PÚBLICA

Até agora esta monografia teve-se ao embate jurídico sobre o tratamento destinado ao usuário de drogas em função da nova Lei de Drogas. Desta forma, o leitor pode ter direcionado seu entendimento para uma discussão do assunto apenas no campo jurídico, ou seja, da segurança pública.

Todavia, a grande questão social e política que se coloca sobre o assunto “uso de drogas” refere-se à natureza deste problema. Seria o usuário um problema de saúde pública? Ou de segurança pública?

Primeiramente, há de se ressaltar que o Direito é uma ciência dinâmica, o que leva a constantes modificações. Tais alterações decorrem das mudanças ocorridas na sociedade, seja por intermédio de revoluções ou de mudanças nas formas de convívio social que decorrem de transformações na economia, tecnologia e do avanço de diferentes campos do conhecimento.

Desta forma, o que se percebe em relação à posse de drogas para consumo próprio é que, da mesma forma que as alterações legais ocorridas em tempos pretéritos, a inovação legal introduzida pela Lei nº 11.343/06 reflete a mudança em valores e concepções sociais. Até há pouco tempo, o uso de drogas recebia o mesmo tratamento destinado ao tráfico de drogas. Posteriormente, a evolução legal conduziu a uma diferenciação na intensidade das penas restritivas de liberdade aplicadas ao traficante e ao usuário. Agora, com a nova legislação, à posse para uso pessoal não são imputadas penas de prisão, mas, tão somente, de advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos.

Portanto, nota-se que o usuário não pode mais ser tratado como criminoso, pois passou a ser visto como um dependente químico.

A este respeito, vale destacar a conclusão do Parecer nº 846, da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, acerca do Projeto de Lei nº 115, que instituiu o Sisnad:

O maior avanço do projeto está certamente no seu artigo 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 na verdade é um dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, 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.

Entretanto, não se pode afirmar que esta alteração no tratamento legal destinado ao usuário culminou na legalização do uso de drogas.

Esta não foi a intenção do legislador.

Tal conclusão apóia-se no relatório do Deputado Paulo Pimenta sobre a alteração da antiga Lei de Drogas, apresentado na Câmara dos Deputados por ocasião da discussão do Projeto de Lei nº 7.134/02, originário do Senado Federal:

Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente aos usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas – Título IV.

(...)

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão do 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 lado, excluindo a privação da liberdade, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...).

Assim, o que se nota é que a alteração legal trouxe para o campo da saúde pública um problema que há muito tempo vinha sendo tratado apenas como sendo de segurança pública.

Esta posição do legislador brasileiro reflete o entendimento da comunidade internacional. Segundo Giovanni Quaglia (2007, p. 01), representante para a América Latina e Brasil do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes – UNODC, “o problema das drogas não é uma questão moral, é uma questão de saúde pública”.

Neste mesmo direcionamento, Antônio Maria Costa (2008, p. 01), diretor executivo da UNODC, afirma que “a dependência de drogas é uma questão de saúde pública e deve ser tratada dessa maneira, com prevenção e tratamento.”

Mas, esta mesma autoridade afirma ainda que o controle de drogas deve ser visto no contexto amplo da prevenção ao crime e do fortalecimento do Estado de Direito para cortar os vínculos entre tráfico de drogas, crime organizado, corrupção e terrorismo. (COSTA, 2008, p. 02)

Nota-se, então, que o entendimento prevalecente é o de que o usuário de drogas é, ao mesmo tempo, um problema de saúde pública e de segurança pública.

Neste sentido, Ronaldo Laranjeira é taxativo ao afirmar que quando somente um dos aspectos de uma política de drogas, como a que discute apenas o status legal de uma delas, se torna o assunto principal do debate, é como se o “rabo estivesse abanando o cachorro e não o contrário”. (LARANJEIRA, 2010, p. 01)

O relatório mundial da UNODC de 2009 deixou claro que os governos e a sociedade não devem fazer uma escolha entre a saúde pública e a segurança pública, pois os dois aspectos estão interligados. A solução, segundo a UNODC, estaria na adoção de medidas mais fortes em relação à criminalidade e na destinação de mais recursos para a prevenção e tratamento ao uso de drogas. (PRADO, 2009, p. 01)

Assim, a UNODC propõe quatro diretrizes principais frente ao problema das drogas: 1) o uso de drogas deve ser considerado uma doença e não crime, já que os usuários necessitam de ajuda médica e o apoio nesta perspectiva ajudaria a reduzir consideravelmente a demanda; 2) é preciso por um fim à falta de controle das cidades com melhores ações públicas de habitação, empregos, educação, serviços

públicos e lazer, tornando as comunidades menos vulneráveis às drogas e ao crime; 3) os governos devem fazer acordos internacionais contra o crime organizado e a corrupção e usar os instrumentos já existentes nesse sentido; 4) os governos devem aumentar a eficiência da aplicação da lei e investir no combate aos casos em que há grande volume de drogas envolvido, ou crimes violentos. (PRADO, 2009, p. 01)

Contudo, não se escapa da conclusão de que a posse de drogas para consumo próprio repercute de forma dramática na segurança pública e na saúde pública.

Assim sendo, é também relevante a análise da atuação dos órgãos de segurança pública no contexto das inovações introduzidas no tratamento dos usuários de drogas. Este aspecto será tratado no capítulo conclusivo desta monografia.

CONCLUSÃO - DIRETIVAS DO SISTEMA DE DEFESA SOCIAL PARA O USUÁRIO DE DROGAS: O CASO DE MINAS GERAIS

No que tange ao tratamento destinado ao usuário de drogas, objeto de estudo da presente monografia, pode-se perceber que o ordenamento jurídico brasileiro acompanhou a tendência sócio-cultural preconizada pela ONU. Desta forma, atualmente, a legislação brasileira prevê uma política de prevenção ao uso de drogas, a partir da assistência e reinserção social, deixando de lado a prisão como instrumento de resposta punitiva à posse de entorpecentes para consumo próprio.

Tendo em vista a política assistencial prevista pela Lei nº 11.343/06, os estudiosos do Direito desenvolveram, com já se destacou nos capítulos precedentes, três teses acerca da posse de drogas para uso próprio. Para alguns, a alteração legal acarretou a descriminalização total, deixando esta conduta de ser crime. Para outros, passou a ser uma infração "*sui generis*", pois a modificação culminou na descriminalização formal. Por fim, há os que entendem que a conduta continuou sendo crime, havendo apenas a despenalização, ou seja, não se aplicando ao ato penas restritivas de liberdade. O entendimento prevalecente, no âmbito jurídico, é de que a posse de drogas para consumo próprio continua a ser crime, visto que é a posição adotada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista o posicionamento adotado pela jurisprudência brasileira, bem como a concepção atual de que o uso de drogas também é um problema de saúde pública, torna-se relevante o estudo acerca do tratamento dado pelos órgãos de Sistemas de Defesa Social aos usuários de drogas, especificamente no que se refere a procedimentos policiais.

A reflexão que se segue baseia-se no caso de Minas Gerais.

A Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema Integrado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais - DIAO/SIDS estabelece os procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos de defesa social de Minas Gerais.

A Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema de Defesa Social tem por finalidade estabelecer a padronização da metodologia de trabalho e o emprego da ação operacional integrada entre as Polícias Estaduais, Corpo de Bombeiros Militar, Sistema Prisional ou Subsecretaria de Administração Prisional e Sistema Sócioeducativo ou Subsecretaria de Atendimento às Medidas Sócioeducativas, visando a aumentar a capacidade de resposta, com a otimização e o ordenamento de estratégias prévias que envolvam as mencionadas instituições, além de disciplinar e harmonizar o emprego dos recursos disponíveis. (DA SILVA, 2010, p. 152)

No que se refere ao uso e consumo de drogas, a DIAO/SIDS estabelece que a Polícia Militar de Minas Gerais deve realizar os seguintes procedimentos:

- a) Conduzir o cidadão infrator à presença da Autoridade Policial competente, juntamente com as testemunhas que tenham presenciado o fato;
- b) Arrecadar a substância, veículo e objetos que tenham relação com o fato;
- c) Relacionar e qualificar as testemunhas que presenciaram o fato ou que detenham informações sobre o evento e/ou acompanharam a atuação policial;
- d) Controlar o fluxo de pessoas e o trânsito de veículos, se for o caso;
- e) Cumprir as demais normas vigentes na Corporação para o caso específico;
- f) Redigir e registrar o Boletim de Ocorrência;
- f.1) No histórico do BO deverá constar, mais detalhadamente possível, a conduta e o comportamento do cidadão infrator, de forma individualizada, no caso de ser mais de um, especificando também as circunstâncias de como ocorreu a ação delituosa, o tipo, a quantidade presumida de droga arrecadada, além da presença e/ou conhecimento do fato pelas testemunhas. (DA SILVA, 2010, p. 152)

Note-se que a diretriz trata o usuário de drogas como infrator, ou seja, como alguém que está cometendo uma infração, um crime.

Porém, nesse caso, ao policial militar não é determinado dar voz de prisão, como é prática nos demais crimes. Cite-se, por exemplo, o procedimento que deve ser adotado nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes.

- a) Dar Voz de prisão ao cidadão infrator, detendo-o / apreendendo-o, informando-lhe os seus direitos e garantias

constitucionais, conduzindo-o à presença da Autoridade Policial competente:

- b) Solicitar a presença da Autoridade Policial competente e perícia; caso não compareçam ao local, constar no histórico do boletim de ocorrência o nome do transmissor da mensagem do respectivo órgão, bem como o motivo do não comparecimento;
- c) Isolar, preservar e vigiar o local e seus vestígios até a conclusão dos trabalhos periciais, salvo se dispensada a cobertura policial pelos peritos, se for o caso;
- d) Arrecadar a substância, veículos, instrumento da infração e/ou objetos que tenham relação com o fato, se a perícia e/ou Autoridade Policial não comparecerem ao local;
- e) Relacionar e qualificar as testemunhas que presenciaram o fato ou que detenham informações sobre o evento e/ou acompanharam a atuação policial;
- f) Controlar o fluxo de pessoas e o trânsito de veículos, se for o caso;
- g) Cumprir as demais normas vigentes na Corporação para o caso específico;
- h) Redigir e registrar o Boletim de Ocorrência;
 - h.1) No histórico do BO deverá constar, mais detalhadamente possível, a conduta e o comportamento do agente, de forma individualizada, no caso de ser mais de um, especificando também as circunstâncias de como ocorreu a ação delituosa, o tipo, a quantidade presumida de droga arrecadada, além da presença e/ou conhecimento do fato pelas testemunhas. (DA SILVA, 2010, p. 152)

Esta diferenciação de procedimentos demonstra que ao usuário é dado um tratamento diferenciado.

Entretanto, embora a regulamentação prevista na DIAO/SIDS preveja um tratamento diferenciado, em entrevista realizada com militar lotado na região metropolitana de Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, constatou-se que os procedimentos adotados com os usuários não diferem daqueles aplicados aos indivíduos que cometem outros delitos.

Perguntado ao militar qual a abordagem utilizada quando a guarnição (equipe) policial depara com uma ocorrência de posse de drogas para uso pessoal, o militar respondeu que se trata de uma abordagem normal:

...abordagem ao indivíduo como qualquer suspeito normal. Busca minuciosa, olhando sapatos, meias, bonés, pede-se que esvaziem os bolsos e coloquem tudo no chão a sua frente e se verifica cintura, canela, boca (muitos tentam engolir a droga), blusas e tudo que a pessoa estiver vestindo, as mulheres inclusive tem de esvaziar as bolsas. Se tiver alguma coisa,

passa-se à condução “leva-se o infrator à autoridade policial”, se não, cada um para o seu lado.

Questionado acerca da orientação que a Corporação, nos diversos níveis hierárquicos (Batalhão, Companhia e Pelotão), passa para as ocorrências com usuários de drogas, o militar respondeu que “a orientação adotada é a mesma para qualquer companhia, consistindo na abordagem com busca pessoal e nas vestimentas e veículos, sempre acompanhada dos proprietários”.

Ao ser arguido se o usuário de drogas é conduzido algemado até a autoridade policial (delegado de polícia), o mesmo informou que “a regra é a condução algemado e na delegacia ele é mantido algemado até a transferência para a polícia civil”.

Ora, será que em todas as situações envolvendo a posse de drogas para consumo próprio é necessário o uso de algemas? Em todas as situações há risco de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia?

A este respeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, entendendo que o uso de algemas tem caráter excepcional, não devendo ser regra o uso. A Súmula Vinculante nº 11 prevê que:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.
(BRASIL, 2008)

Pode-se perceber que a súmula refere-se ao preso. Se ao usuário de drogas não foi imputada a pena restritiva de liberdade (prisão), por que o mesmo, via de regra, é conduzido algemado?

Interpelado se considera o usuário um criminoso ou um doente que precisa de tratamento, o policial informou que “o usuário é um criminoso, pois é quem fortalece o traficante, por isso muitos delegados têm flagrado usuários no crime de associação para o tráfico”.

Por fim, o militar foi inquirido se, na sua opinião, a polícia militar trata o usuário como um criminoso ou como um doente. Respondeu que “entende que a polícia militar considera o usuário um criminoso habitual”.

Para Leonardo Marcondes Machado, crime habitual significa:

...a repetição de certos atos, tidos como indiferentes penais (se considerados isoladamente), mas que, à luz do todo, manifestam estilo de vida censurável e incriminado. Em detalhes, são características do crime habitual: a) repetição de atos; b) atos que, se considerados isoladamente, seriam indiferentes penais; c) estes atos, no entanto, quando analisados à luz do todo, traduzem um estilo de vida; d) modo de vida, este, reprovável e previsto em lei como crime. (MACHADO, 2010, p. 01)

Portanto, diante das respostas prestadas pelo militar, a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais tende a adotar um posicionamento contrário ao de que o usuário de drogas é um problema de saúde pública, pois os procedimentos adotados pela Corporação, diante das ocorrências de posse de drogas para consumo próprio, são os mesmos realizados na identificação e encaminhamento de crimes. O entendimento dos agentes investidos na função policial militar é de que o usuário é um criminoso.

Em relação à atuação da Polícia Civil, a DIAO/SIDS estabelece que:

Cientificada a Autoridade Policial, esta adotará as providências, em observância ao disposto no art.6º do CPP, e demais dispositivos previstos em lei:

- a) acionar a perícia, se for o caso;
- b) apreender a substância, veículo e objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- c) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias. (DA SILVA, 2010, p. 152)

Observa-se que a diretriz pouco contribuí para a atuação da Polícia Civil nas ocorrências policiais de posse de drogas para consumo próprio, segundo o que está disposto na Lei nº 11.343/06.

Tendo em vista esta constatação, foi entrevistado um delegado de polícia civil lotado em uma delegacia do interior do Estado de Minas Gerais.

Preliminarmente, foi lhe perguntado se existe alguma orientação interna da Polícia Civil que estipula a conduta a ser seguida nos casos em que estão envolvidos usuários de drogas. A autoridade policial respondeu que, em relação a Unidade à qual está vinculado, ou mesmo no âmbito da Delegacia Regional à qual está subordinado, não há nenhuma orientação a respeito.

Questionado acerca do procedimento adotado na delegacia em que está lotado, nas ocorrências de uso e consumo de drogas, informou que:

...nos casos em que é possível diferenciar o usuário do traficante, logo no momento do recebimento da ocorrência ou na lavratura do APFD (Auto de Prisão em Flagrante Delito), é dado ao usuário o termo de compromisso de futuro comparecimento em juízo, por se tratar de um crime de menor potencial ofensivo. Logo, quando apurado que se trata de usuário, ele não é levado à cadeia.

Perguntado se o usuário permanece algemado na delegacia, a autoridade esclareceu que o critério para o uso de algemas se pauta no disposto na Súmula Vinculante nº 11.

Perguntado se existe algum estabelecimento de tratamento de usuário de drogas na cidade (ou cidades) cobertas pela delegacia em que está lotado informou que não existe.

Inquirido se o usuário de drogas é tratado como um criminoso ou como um doente que precisa de tratamento, afirmou que o tratamento dispensado é o mesmo dado aos demais conduzidos, pois se trata de fato criminoso.

Por fim, interpelado se, na sua opinião, o usuário de drogas é um criminoso ou um doente que precisa de tratamento, respondeu que acredita que não há uma resposta única, pois há níveis diversos de dependência de drogas, o que varia muito conforme a substância utilizada. Concluiu dizendo que, para ele, há casos em que considera o

usuário como criminoso e outros em que entende imprescindível o tratamento.

Diante das respostas dadas pelo delegado de polícia, pode-se perceber que a Polícia Civil, assim como a Polícia Militar, adota o posicionamento de que o usuário é um criminoso.

Contudo, nota-se que, mesmo que a tendência atual seja a de considerar o usuário de drogas um problema de segurança pública e de saúde pública, o Sistema de Defesa Social de Minas Gerais, mais especificamente as polícias militar e civil, continuam a tratar o usuário apenas como um criminoso.

Certo é que a discussão acerca do tema está longe de acabar. Existe, atualmente, uma comissão instituída no Senado Federal para debater a previsão de detenção para os usuários de drogas.

Comissão vai debater projeto que prevê detenção para usuários

UM PROJETO QUE PREVÊ PENA DE DETENÇÃO PARA USUÁRIOS DE DROGAS VAI SER DEBATIDO EM AUDIÊNCIA PÚBLICA NA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS DO SENADO.

O TEMA É POLÊMICO E JÁ ESTARIA PRONTO PARA SER VOTADO NA COMISSÃO, MAS O SENADOR ROBERTO CAVALCANTI APRESENTOU UM PEDIDO PARA QUE O ASSUNTO SEJA DEBATIDO COM MAIS PROFUNDIDADE POR SENADORES E ESPECIALISTAS.

O projeto, do senador Demóstenes Torres, do Democratas de Goiás, propõe pena de detenção para o consumo pessoal de drogas e prevê também a substituição da pena por tratamento de saúde. A proposição altera a Lei de Drogas, de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O projeto substitui as penas hoje previstas, que são advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou curso educativo, pela pena de detenção de seis meses a um ano, a ser aplicada a quem comprar, guardar, tiver em depósito ou carregar consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização. Tal punição, entretanto, poderá ser substituída por tratamento especializado. A avaliação sobre a indicação do tratamento para o condenado deverá ser feita por comissão técnica, composta por três profissionais com experiência em reabilitação de dependentes de drogas. O relator, senador Antônio Carlos Valadares, do PSB de Sergipe, favorável à proposta, alegou que o endurecimento da pena servirá de desestímulo ao consumo de drogas por usuários e jovens que ainda não tiveram contato com as drogas. A preocupação maior do Senador está com os efeitos devastadores do craque, que tornou-se um problema brasileiro muito sério que invadiu todas as cidades e até a zona rural. O senador e médico Augusto Botelho, do PT de Roraima, advertiu que se

trata de uma questão de saúde. Esse projeto prevê prender os usuários de drogas. Do ponto de vista médico o usuário de drogas é um doente, é uma pessoa que precisa de tratamento, [...] que deve ser mais estudado, discutido. O senador Roberto Cavalcanti, do PRB paraibano, disse que esse é um assunto polêmico e que os senadores precisam ouvir os diversos lados da questão. Disse o senador: Há uma mania nossa que está induzindo ao erro, muitas vezes a celeridade, a pressa é inimiga da perfeição, vamos ter cautela com projetos como este. Além da Comissão de Assuntos Sociais, o projeto que prevê detenção para usuários de drogas deverá passar também pela Comissão de Constituição e Justiça, antes de seguir para a Câmara dos Deputados.

Portanto, os avanços conquistados pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, poderão ser revogados e, mais uma vez, os usuários de drogas poderão ser equiparados a criminosos.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Victor Pereira. A posse de drogas par consumo pessoal e as Leis nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2448, 15 mar. 2010. Disponível em <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14516>. Acesso em: 21 ago. 2010.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. *Presidência da República*, Brasília, 07 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal. *Presidência da República*, Brasília, 09 dez. 1941. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126682/lei-de-introducao-ao-codigo-penal-decreto-lei-3914-41>. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Lei nº 4.451, de 04 de novembro de 1964. Altera a redação do artigo 281 do Código Penal. *Presidência da República*, Brasília, 04 nov. 1964. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103302/lei-4451-64>. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Decreto-Lei nº 385, 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. *Presidência da República*, Brasília, 26 dez. 1968. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103303/decreto-lei-385-68>. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. *Presidência da República*, Brasília, 29 out. 1971. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103304/lei-5726-71>. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. *Presidência da República*, Brasília, 21 out. 1971. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. 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; define crimes e dá outras providências. *Presidência da República*,

Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Senado Federal. Pareceres nº 846 e 847, de 2006, da Comissão de Assuntos Sociais. Relator: Senador Sérgio Cabral. Disponível em <http://www.senado.gov.br/legislacao/>. Acesso em 15 jul. 2010.

BRASIL, Senado Federal. Notícias: Comissão vai debater projeto que prevê detenção para usuários. http://www.senado.gov.br/noticias/Radio/programaConteudoPadrao.asp?COD_TIPO_PROGRAMA=4&COD_AUDIO=30676

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-9. Recorrente: Ministério Público do estado do rio de Janeiro. Recorridos: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-fev-19/leia_voto_despenizacao_consumo_droga. Acesso em 15 set. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 1ª, DE 13 de agosto de 2008. Limita o uso de algemas a casos excepcionais. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>. Acesso em 20 out. 2010.

CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário. *Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, 2006. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>. Acesso em 15 mar. 2010.

COSTA, Antônio Maria. Drogas: direitos humanos, saúde e segurança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 jun. 2008, p. 15.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Drogas e princípio da insignificância: atipicidade material do fato. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=8867>. Acesso em 15 jul. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1275, 28 dez. 2006. Disponível em <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=9327>. Acesso em 21 ago. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas; descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. LFG, 31 out. 2006. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em 15 jul. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Para o STF, o usuário de drogas é um tóxico delinqüente. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1400, 02 mai. 2007. Disponível em <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=9821>. Acesso em 15 set. 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Niterói: Impetus, 2008.

LARANJEIRA, Ronaldo. Legalização de drogas e a saúde pública. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2010, vol.15, n.3, pp. 621-631. ISSN 1413-8123. doi: 10.1590/S1413-81232010000300002.

LEAL, João José. Política Criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out.. 2006. Disponível em <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>. Acesso em: 21 ago. 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Crime continuado: distinções. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2440, 7 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14457>>. Acesso em: 20 out. 2010.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. Abrandamento jurídico-penal da “posse de droga ilícita para consumo pessoal” na Lei nº 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não ocorrência de “abolitio criminis”. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868>. Acesso em: 21 ago. 2010.

MORICONI, Lis Horta. Para ONU, drogas são tema de saúde: entrevista Giovanni Quaglia. *Comunidade Segura*. Disponível em <<http://www.comunidadessegura.org/PT-br/node/38878>>. Acesso em 15 set. 2010.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. A expansão penal e o direito de intervenção. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf. Acesso em 15 jul. 2010.

PRADO, Thays. Relatório comprova relação entre drogas e violência. Planeta Sustentável, Editora Abril, São Paulo, 13 set. 2010. Disponível em http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_480234.shtml. Acesso em 13 set. 2010.

ROSA, Rodrigo Silveira da. O usuário de drogas e a legislação vigente: o novo entendimento dado aos usuários e dependentes de drogas ilícitas diante da legislação em vigor. Direito Net, 28 jan. 2008. Disponível em <http://direitonet.com.br/artigos/exibir/4097/O-usuario-de-drogas-ilicitas-e-a-legislacao-vigente>. Acesso em 20 jul.2010.

DA SILVA, Mauro Lúcio. Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais: versão compacta. Polícia Militar de Minas Gerais, maio de 2010.

DA SILVA, Pablo José Oliveira Furtado. Adequação constitucional do artigo 28 da lei 11.343: descriminalização formal, descriminalização substancial ou despenalização?. *LFG*, 07 mar. 2009. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em 15 jul. 2010.