

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS - UFAM**  
**REBECA TOSTA REIS**

**O Usuário de drogas e a resposta penal do Estado por intermédio da lei nº 11.343/2006**

Manaus/AM

2010

**REBECA TOSTA REIS**

**O Usuário de Drogas e a Resposta Penal do Estado por Intermédio da Lei nº  
11.343/2006**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a  
Universidade Federal do Amazonas, para obtenção do  
título em Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Aristarco de Araújo Jorge Mello  
Filho

Manaus  
2010

REBECA TOSTA REIS

O Usuário de Drogas e a Resposta Penal do Estado por Intermédio da Lei nº 11.343/2006

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Federal do Amazonas, para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Nota geral obtida: \_\_\_\_\_

---

Prof. Aristarco de Araújo Jorge Mello Filho  
(Orientador)

---

Professor Lourenço Braga

---

Dra. Telma Verçosa Roessing

Manaus  
2010

## **Dedicatórias**

*Dedico este trabalho a todas as pessoas que, de alguma forma, tiveram envolvimento com drogas, direta ou indiretamente. Os entorpecentes invadiram a casa dos cidadãos de forma gradual e silenciosa. Hoje, são responsáveis por mortes prematuras e violência gratuita. E em que pese o meu apoio incondicional à liberdade do indivíduo, não pode o Estado ficar de braços cruzados diante de tamanho impacto na sociedade.*

*Dedico este trabalho, também, a minha mãe, Mary Léia Benayon Tosta Reis, que por meio de seu trabalho como psicóloga e em casa, como mãe, ensinou-me sobre as verdades da vida, entre elas, a tristeza de ver um ente querido ser sugado pelo vício, o que me deu sede de conhecimento e vontade de fazer algo em prol de um futuro com menos dependentes químicos.*

## **Agradecimentos**

*Um simples, porém verdadeiro, obrigada...*

*Aos meus pais, Roberto Palmeira Reis e Mary Léia Benayon Tosta Reis, pelo eterno apoio em minha vida e por todo o amor e paciência que tiveram com a caçula contestadora e revoltada durante esses 23 anos.*

*A minha avó Myriam Benayon Tosta, minha primeira professora e segunda mãe, eternamente viva em meu coração, por toda a dedicação – quase devoção – para comigo, estando sempre presente na minha vida, não importa como.*

*A minha idolatrada irmã Myriam, por ser o pilar da minha carreira jurídica desde a escolha do vestibular, passando pelo primeiro estágio, o primeiro emprego e chegando até a conclusão do curso, sempre, SEMPRE ao meu lado, seja como irmã, mãe, amiga ou conselheira.*

*Ao meu querido Rodrigo Abinader, pelo amor capaz de superar 4 anos de faculdade de Direito, o que significaria dizer que ele passou 4 anos com uma pessoa ansiosa e cansada. Obrigada por estar na área de convivência da Faculdade de Direito naquele dia tão especial em que eu te reconheci.*

*Aos meus colegas de trabalho Sabrina, Dâmea, Thiago, Gerson, Maurílio, Anderson, Derlaine, Eliana e Fabrício, por me proporcionarem o melhor ambiente de trabalho que alguém poderia desejar e, principalmente, por me inspirarem todo dia a expandir ao máximo o meu conhecimento jurídico e literário...*

*Ao meu amigo Raineri, que com sua inabalável moral, resgatou em mim a crença no mundo jurídico, não me deixando desistir de acreditar em um futuro melhor para o Direito.*

*A minha amiga Renata Ayres, pela amizade sincera e por me ensinar a valorizar mais a vida, as pessoas e, principalmente, o pôr-do-sol e a lua.*

*Aos meus amigos Sergio, Juliana, Leandro, Lucas, Pedro e Caio, simplesmente por estarem presentes em minha vida, tornando-a mais alegre e doce.*

*Ao meu orientador Aristarco Filho, pelo apoio, paciência e atenção dispensados com o meu trabalho, apesar dos meus atrasos...*

*À Flávia Lopes e Ulysses Falcão, meus primeiros e melhores professores de processo penal, que me mostraram a nobreza de ser Defensor Público.*

*Aos maiores exemplos que alguém poderia almejar, Cláudio Roessing e Telma Verçosa Roessing, por terem me concedido a oportunidade honrosa de trabalhar com ambos e, acima de tudo, pelas pessoas que são e pelo que representam para mim: sinônimo de verdade, sabedoria e justiça.*

*A Phoebe, Piaf e Apolo, meus três escudos contra todo e qualquer sentimento negativo; capazes de dissolver qualquer tristeza e de me proporcionar inúmeras alegrias.*

*À mais nova razão que Deus me deu para viver, meu sobrinho Daniel, pedacinho da minha irmã que a cada dia enche a minha vida de ternura e amor.*

*Por fim, agradeço a Deus por esta vida e todos os seus presentes, com a esperança de que, nesta profissão, eu possa sempre fazer o melhor para os outros, como forma de agradecer as dádivas que Ele tem me dado até o momento presente.*

*“Procura a satisfação de veres morrer os teus vícios antes de ti”.*  
*(Sêneca)*

## RESUMO

O tráfico de drogas domina os territórios brasileiros há várias décadas, em governos de políticas de segurança errantes. Vários governos sucessivos fracassaram na tentativa de combater o domínio dos traficantes sobre esses territórios. Contudo, percebeu-se que a figura do usuário de drogas não deveria ser tratada da mesma forma que o traficante, pois não era o caso de proteger a segurança pública, mas a saúde pública. O presente estudo “O usuário de drogas e a resposta penal do Estado por intermédio da Lei nº 11.343/2006” tem como objetivo geral refletir sobre a problemática das drogas, de seus usuários e da atuação do Estado neste âmbito. Os objetivos específicos são: examinar as características das substâncias entorpecentes, suas causas e consequências, contextualizando o crime organizado, o direito comparado, as repercussões das leis e das políticas repressivas; analisar a atual política nacional de drogas no Brasil, a constitucionalidade da lei vigente e as medidas preventivas, terapêuticas e repressivas, dentre outros; averiguar as características do processo criminal contra o usuário, destacando-se o modelo de atendimento, monitoramento e execução desenvolvido na Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas da Comarca de Manaus – VEMEPA; identificar e expor as sanções penais aplicadas ao usuário. Quanto à metodologia, utilizou-se a técnica da pesquisa bibliográfica (documentação indireta), em livros da doutrina brasileira, em artigos científicos, revistas, bem como nos meios eletrônicos para buscar matérias e notícias ligadas ao tema. Concluiu-se que a terapia comunitária na VEMEPA objetiva integrar uma determinada comunidade por meio do fortalecimento de seus indivíduos que, juntos, podem encontrar a solução de seus problemas individuais, ainda que a busca pela solução do problema não seja a principal finalidade da terapia.

Palavras-chave: Usuário de drogas. Substâncias entorpecentes. Lei nº 11.343/2006. Medidas preventivas e terapêuticas.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. DESENVOLVIMENTO</b> .....	13
<b>2.1 Do uso de substâncias entorpecente e seus efeitos</b> .....	13
2.1.1 A psicodinâmica do vício.....	16
2.1.2 A droga como fator criminógeno.....	18
2.1.3 A sociedade de risco e crime organizado.....	20
2.1.4 Direito Comparado: O Usuário nas Legislações Estrangeiras.....	24
2.1.4.1 Portugal: uma decisão intermediária.....	25
2.1.4.2 A repercussão da Lei 30/2000 na sociedade portuguesa.....	28
2.1.4.3 Justiça terapêutica: versão branda da política repressiva norte-americana.....	30
<b>2.2 Do uso de substâncias entorpecente e seus efeitos</b> .....	33
2.2.1 A Figura do Usuário no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	34
2.2.1.1 A lei 6.368/76.....	35
2.2.1.2 A lei 10.409/2002.....	37
2.2.1.3 A lei 11.343/2006.....	38
2.2.2 O Usuário na Nova Lei de Drogas.....	41
2.2.2.1 Abrandamento, despenalização e descriminalização.....	43
2.2.2.2 Aspectos gerais do artigo 28 da lei n. 11.343/2006.....	44
2.2.2.3 A inconstitucionalidade do artigo 28 da lei n. 11.343/2006.....	47
2.2.2.4 Medidas de combate ao uso indevido.....	49
<b>2.3 Do processo criminal contra o usuário</b> .....	51
2.3.1 O Flagrante e o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).....	52
2.3.2 O Processo no Juizado Especial Criminal.....	54
2.3.2.1 A transação penal com o Ministério Público.....	54
2.3.2.2 O procedimento sumaríssimo.....	56
<b>2.4 Das sanções penais aplicadas ao usuário</b> .....	57
2.4.1 As Três Espécies de Sanções Penais Estabelecidas no Art. 28.....	58

2.4.1.1 A advertência sobre os efeitos das drogas (artigo 28, inciso I).....	58
2.4.1.2 A prestação de serviços à comunidade (artigo 28, inciso II).....	59
2.4.1.3 A medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo – artigo 28, inciso III.....	60
2.4.2 A Intervenção de Outras Ciências – O Fenômeno da Interdisciplinaridade.....	61
2.4.3 O Modelo de atendimento, monitoramento e execução desenvolvido na Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas da Comarca de Manaus – VEMEPA.....	62
2.4.3.1 O programa ou curso educativo.....	64
<b>3. CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>73</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o humano é o único ser vivo que não se satisfaz com água e comida, pois é complexo demais para se contentar com tão pouco. Com base nisso, é coerente afirmar que o uso de entorpecentes constitui um dos problemas sociais mais alarmantes da sociedade brasileira pós-moderna, visto que a busca pela satisfação plena e as frustrações decorrentes dos percalços da vida aproximam os mais vulneráveis dessas substâncias, as quais magicamente os transportam da amarga realidade para uma felicidade utópica e passageira.

Apesar de ser o vício uma doença que não deve ser castigada, o cidadão inocente também não pode ser penalizado pela violência gerada pelo tráfico, razão pela qual o combate às drogas deve ser uma conjugação de ações entre segurança e saúde públicas.

Neste contexto, verifica-se que os sucessivos governos se tornaram impotentes diante dos traficantes, mas aos poucos este quadro foi se modificando, até que felizmente, por fim, vê-se a esperada notícia; de acordo com Fernandes et al. (2010, p.100):

A quinta feira 25 de novembro de 2010 entrou para a história do Rio de Janeiro como o dia em que a cidade se insurgiu contra o tráfico. Hipnotizada, a população parou para assistir em casa e na rua a cena de sua guerra particular, transmitidas ao vivo pela televisão.

Resta saber se o domínio da segurança nos morros e favelas cariocas, assim como no resto do país, será apenas momentâneo ou se será uma realidade permanente. Ademais, questiona-se igualmente se o atual controle da situação é o suficiente para o Estado esquecer da imperiosa necessidade de criar políticas públicas voltadas aos usuários. Afinal, se a procura por drogas ilícitas aumenta ou não cessa, o tráfico de entorpecentes continuará sendo uma das chagas da sociedade.

O presente estudo “O usuário de drogas e a resposta penal do Estado por intermédio da lei nº 11.343/2006” tem por objetivo geral refletir sobre a problemática das drogas, dos usuários e da resposta penal do Estado para este fenômeno. Quanto aos objetivos específicos busca-se: examinar as características das substâncias entorpecentes, suas causas e consequências, contextualizando o crime organizado, o direito comparado, as repercussões das leis e das políticas repressivas; analisar a atual política nacional de drogas no Brasil, a constitucionalidade da lei vigente, as medidas preventivas, terapêuticas e repressivas, dentre outros; averiguar as características do processo criminal contra o usuário; identificar e expor as sanções penais aplicadas ao usuário.

Quanto à metodologia, utilizou-se a técnica da pesquisa bibliográfica (documentação indireta), em livros da doutrina brasileira, em artigos científicos, revistas, bem como nos meios eletrônicos para buscar matérias e notícias ligadas ao tema. Além disso, foi efetuada consulta a processos que atualmente tramitam na Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas da Comarca de Manaus – VEMEPA, a fim de obter melhor visão da prática jurídica local.

A acadêmica participou como observadora de algumas sessões da Terapia Comunitária aplicada aos usuários de entorpecentes, cuja sanção consiste em “participar de programa ou curso educativo”. Realizadas na VEMEPA, tem a finalidade de observar as atividades realizadas pelos profissionais responsáveis e a resposta dada pelos usuários que ali se encontravam cumprindo a referida sanção.

Por meio de tais pesquisas, pretendeu-se obter o conhecimento sólido da matéria, a fim de que fosse possível alcançar o objetivo estipulado, qual seja: a análise da legislação brasileira no tocante aos usuários de drogas ilícitas e a atuação do Poder Judiciário nesta seara.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Do uso de substâncias entorpecentes e seus efeitos

O ser humano é um ser imperfeito. A ideia de perfeição, espelhada na figura de Deus pela cultura universal, é entendida pelo homem como algo inalcançável. Afinal, se todas as pessoas fossem perfeitas e iguais, como seria o mundo? Diante disso, temos que lidar diariamente com nossos defeitos e, também, tolerar as imperfeições do nosso semelhante, uma vez que vivemos em sociedade.

Dentre essas falhas humanas, pode-se distinguir algumas de caráter genético e outras cuja natureza é psicológica. Entretanto, merece destaque uma com origem tanto fisiológica como psicológica: o vício. Segundo o dicionário Aurélio da língua portuguesa (2009):

Vício. [Do lat. *Vitiu*, por via erudita.] S.m. 1. Defeito grave que torna uma pessoa ou coisa inadequadas para certos fins ou funções. **2. Inclinação para o mal.** [Nesta acepç., opõe-se a *virtude* (1).] **3. Costume de proceder mal; desregramento habitual.** 4. Conduta ou costume censurável ou condenável; libertinagem, licenciosidade, devassidão. 5. Qualquer deformação física ou funcional. 6. Costume prejudicial; costumeira. *Tem o vício de roer unhas; Este cavalo tem o vício de derrubar o cavaleiro.* 7. *Jur.* Defeito que pode invalidar um ato jurídico. **8. Psiq. Prática irresistível de mau hábito, em especial de consumo de bebida alcoólica, de droga [...]** (grifo nosso).

Diante de tais conceitos, percebe-se que o vício é um fenômeno que se desenvolve dentro do indivíduo e que, se for alimentado continuamente, acaba por prejudicá-lo, visto que é considerado maléfico. Assim, a psiquiatria utilizou este termo para definir o consumo de substâncias entorpecentes, também chamadas de “drogas”.

A partir da década de 60, tais substâncias tornaram-se populares em razão dos efeitos que causam no indivíduo. Elas alteram profundamente o estado de normalidade do corpo, podendo causar distorção da realidade, alucinações, comportamento agressivo, considerável aumento dos batimentos cardíacos, entre diversos outros efeitos, que variam conforme a composição química e a quantidade da substância ingerida.

Em razão disso, em todo o mundo, o consumo de substâncias psicoativas é questão de saúde pública, sendo alvo de intensas pesquisas científicas que visam desvendar seus efeitos e buscar soluções para a dependência.

Isso porque em cada indivíduo o efeito de determinada droga é diferente,

porquanto cada organismo possui predisposições diferentes, reagindo de diversas formas a um mesmo elemento. O uso da maconha, por exemplo, pode resultar em diferentes efeitos, relatados no Glossário de Álcool e Drogas (2006, p.38)<sup>1</sup>:

A intoxicação pela cânabis produz sensação de euforia, leveza dos membros e geralmente retração social. Prejudica a capacidade para dirigir veículos bem como para executar outras atividades complexas que requerem habilidade; prejudica a memória imediata, o nível de atenção, o tempo de reação, a capacidade de aprendizado, a coordenação motora, a percepção de profundidade, a visão periférica, a percepção do tempo (a pessoa geralmente tem a sensação de passagem mais lenta do tempo) e a detecção de sinais. Outros sinais de intoxicação podem incluir ansiedade excessiva, desconfiança ou idéias paranóides em alguns e euforia ou apatia em outros, juízo crítico prejudicado, irritação conjuntival, aumento de apetite, boca seca e taquicardia. A cânabis às vezes é consumida com álcool, o que aumenta os efeitos psicomotores.

Com este panorama, a Organização Mundial de Saúde (OMS) elaborou Informe Técnico cuja finalidade foi estabelecer os conceitos e diferentes níveis do vício, tais como o que se deve entender por hábito e toxicomania. Assim, seguindo o ensinamento de Greco Filho (2009, p.3-4):

[...] a toxicomania é um estado de intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo e à sociedade, pelo consumo repetido de uma droga natural ou sintética. A toxicomania apresenta as seguintes características: 1. invencível desejo ou necessidade de continuar a consumir a droga e de procurá-la por todos os meios; 2. tendência para aumentar a dose; 3. dependência de ordem psíquica ou física em face de seus efeitos.

[...]

Hábito, por sua vez, é o resultado do consumo repetido de uma droga, apresentando as seguintes características: 1. desejo de consumo vinculado à sensação de bem-estar; 2. pouca ou nenhuma tendência ao aumento de dose; 3. dependência de ordem psíquica em face de seus efeitos, mas uma ausência de dependência física bem como da chamada síndrome da abstinência.

Embora tais termos ainda sejam bastante utilizados atualmente, a OMS retificou o Informe Técnico e considerou tais determinações como impróprias, passando a adotar o termo dependência, que Greco Filho (2009, p.4) conceitua como “a sujeição do indivíduo a uma droga”, e Pietro Rodriguez (1993 apud GRECO FILHO, 2009, p. 4) define como “o estado interno do indivíduo mediante o qual se cria ou se mantém um desejo constante de ingerir a substância”.

A Organização Mundial de Saúde divulga periodicamente uma lista atualizada de drogas, incluindo substâncias tóxicas recém-descobertas e recomendando o seu controle, ainda que não haja informações concretas sobre seus efeitos. Entretanto, traz-se a baila a classificação utilizada por Greco Filho (2009, p. 7-10), a fim de ilustrar a quantidade de substâncias psicotrópicas que causam alterações no corpo humano e que, por via de

---

<sup>1</sup> Tradução: J.M. Bertole. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas, 2006.

consequência, necessitam que seu uso seja regulamentado pelo Estado:

A farmacologia denomina “psicotrópicos” as drogas de efeitos psíquicos, termo esse principalmente usado para alusão a produtos sintéticos, mas que pode englobar também os naturais cujos efeitos sejam assemelhados. Devido à amplitude de seu conceito, é bem de ver que a doutrina apresenta inúmeras classificações de droga. A diferença entre elas são fundamentadas de acordo com vários critérios, tais como a natureza da substância (sintética ou natural); o grupo químico a que pertence; os lugares de produção; os grupos sociais pelos quais é consumida; a sua origem; os seus efeitos etc., sendo este último o critério preferido pelos estudiosos do tema.

[...]

Quanto aos efeitos, os psicotrópicos podem ser divididos em três tipos: psicoanalépticos, psicolépticos e psicodislépticos.

#### a) Psicoanalépticos

São estimulantes psíquicos com base nas anfetaminas, englobando os provedores do estado de alerta e antidepressivos. Provocam insônia e falta de apetite. Deste grupo pertencem, além dos comprimidos de estimulante e antidepressivo, a cocaína e seus derivados. O tabaco, droga lícita, também figura no grupo dos psicoanalépticos.

A título de exemplo, o uso da cocaína provoca aumento na pressão arterial e diminui a fadiga, apresentando três fases: 1) euforia ou excitação, durante aproximadamente uma hora; 2) confusão, com possíveis alucinações visuais e auditivas; 3) sonolência.

Importante salientar que, em razão da forma como é preparada, a cocaína consumida pelo usuário contém inúmeras impurezas, porém, os componentes presentes na própria substância é que são responsáveis pelos efeitos fisiológicos que levam ao vício.

#### b) Psicolépticos

Os psicolépticos são drogas depressoras do sistema nervoso central, pois diminuem o tono psíquico. São os tranquilizantes, hipnóticos, depressores das tensões emocionais.

Neste grupo encontra-se os barbitúricos, a morfina, a heroína, o ópio, o lança-perfume, a cola de sapateiro e o álcool etílico (etanol). O uso prolongado dessas substâncias desorganiza o sistema nervoso central, sendo a margem de segurança entre a dose terapêutica e a dose tóxica extremamente sutil.

#### c) Psicodislépticos

Por sua vez, os psicodislépticos são as substâncias que desestruturam a

personalidade, uma vez que causam alucinações e delírios. Adota-se o termo “drogas perturbadoras da atividade do Sistema Nervoso Central”, podendo ser naturais ou sintéticas. Deste grupo, as mais populares são a maconha e o LSD (ácido lisérgico).

Estas substâncias agem não somente no sistema nervoso central, mas também atingem o sistema periférico e o sistema nervoso autônomo.

### 2.1.1. A psicodinâmica do vício

Como se pode observar há vasto número de substâncias que incitam o vício. Entretanto, a busca pelo uso de drogas não é uma prática inerente ao ser humano, tal como comer ou beber. Afinal, o que faz uma pessoa recorrer ao uso de tais tóxicos? Como começa o processo que culmina no vício? Pois bem.

A toxicomania nasce de um conflito psicológico não resolvido, no qual o indivíduo se sente socialmente inadaptado. Este sentimento, de acordo com estudo elaborado pela Comissão de Peritos em Dependência a Drogas da Organização Mundial de Saúde, que dá origem a iniciação, perpetuação ou cessação da dependência, não tem como causa um fator isolado. Muitos podem originar-se de:

- a) Desvio de caráter em forma latente e que exija a fuga das responsabilidades;
- b) Desvio de personalidade de natureza delinquencial, de modo que esse comportamento represente prazer em desrespeitar as convenções sociais;
- c) Tentativa de autotratamento, por pessoas portadoras de problemas psíquicos, tais como, na adolescência, a reação à pressão econômica, à frustração, ou outros problemas mais persistentes, como a depressão, a ansiedade crônica, a angústia, a fadiga crônica, ou ainda a crença de que as drogas podem prevenir moléstias ou aumentar a capacidade sexual;
- d) Necessidade de obter aceitação em certos círculos do submundo, especialmente entre os inadaptados socialmente;
- e) Simples hábito adquirido socialmente, ainda que sem distúrbio psicopatológico preexistente;
- f) Pressões socioculturais que levem ao uso de, por exemplo, álcool, ainda que não exista distúrbio psíquico latente.

Tais fatores muitas vezes estão associados a um acontecimento perturbador, que altera substancialmente a vida normal do indivíduo. É o que se chama de *conflito primário*.

Quando solucionado, o problema é superado e a pessoa retorna ao seu estado de normalidade. Porém, caso não haja a superação do problema, circunstâncias desencadeantes levam o indivíduo a desenvolver neurose, com manifestações de autopunição ou autogratificação.

A manutenção deste estado de conflito dá margem ao uso de tóxicos, dando início a toxicofilia, também chamada de toxicomania temporária, sem fundo neuropatológico. O uso, como forma de fugir do conflito primário, dá origem aos seguintes efeitos:

A toxicofilia, que é o simples uso, não só pelos efeitos deletérios da própria droga, mas também pelo recrudescimento da neurose, abate o ego, destrói os valores da convivência e lança o viciado em nova espécie de conflito, chamado secundário, no qual o dependente perde a condição de trabalhar, enfraquece fisicamente, sente-se viciado e marginalizado (GRECO FILHO, 2009, p.35).

Como já afirmado, a toxicomania temporária, ou não verdadeira, é aquela que não possui base psiconeurótica, podendo ser superada pela desintoxicação, junto com a retirada do fator que incitou o uso. Contudo, o prolongamento desta condição enseja o desenvolvimento da toxicomania de base psicopatológica, na qual a superação só é possível se curado o problema psiconeurótico.

Assim, é possível afirmar que o liame entre o simples uso e a toxicomania verdadeira é bastante tênue, pois depende da predisposição do indivíduo a desenvolver uma patologia psíquica. O uso contínuo de tóxicos ativa aquela predisposição, dando origem à dependência.

Após o surgimento do conflito secundário, no qual o usuário já perdeu a capacidade laborativa em função do vício, surge, conseqüentemente, a perda da possibilidade econômica do usuário adquirir a droga. Esta situação induz o toxicômano a cometer uma série de delitos, tais como furtos, roubos, ou até mesmo participação no tráfico, com fins de obter recursos para adquirir mais drogas e continuar alimentando seu vício.

Como encerramento do ciclo vicioso, tem-se que as drogas deixam de ser um meio para a fuga do conflito primário e tornam-se o objetivo principal do usuário, que na ânsia de suprir o vício faz qualquer coisa para mantê-lo, situação esta que pode levá-lo à loucura, à prostração ou até mesmo à morte.

É claro que a evolução da toxicomania varia de acordo com o indivíduo, bem como das circunstâncias que o levaram a consumir os tóxicos e o fato de estas terem sido resolvidas ou não. O importante é que, uma vez revelada, o usuário seja imediatamente encaminhado a um tratamento adequado.

Neste ponto deve-se levar em consideração a vontade do usuário. Se este solicita ajuda, os familiares e médicos que cuidarem de seu tratamento podem esperar um bom resultado. Aliás, o fato do toxicômano entender o mal que o vício está lhe fazendo já

demonstra que nem todos perdem a capacidade de entender sua condição e desejar sair dela.

O tratamento aplicado ao usuário de drogas deve caminhar em sentido contrário ao da dinâmica do vício, de forma que o dependente passe por um processo de desintoxicação paulatina, receba terapia adequada e, principalmente, solucione o problema que deu causa ao vício, ou seja, o conflito primário.

É sabido que a terapia enfrenta sérios problemas no contato inicial com o toxicômano, pois enfrenta a dissimulação, a mentira de que deseja tratamento quando na verdade quer alimentar ainda mais o vício, entre outras situações verificadas em ambulatórios especializados. Ou seja, a retirada do vício de dentro do indivíduo, além de não ser garantida, apresenta-se deveras dificultosa.

### 2.1.2 A droga como fator criminógeno

Diante dos inúmeros efeitos físicos e psicológicos oriundos do uso de tais substâncias, somando-se a possibilidade do uso combinado delas acarretar efeitos ainda mais graves, questiona-se se o uso de substâncias psicoativas pode ser considerado um fator criminógeno, ou seja, se o indivíduo que as consome torna-se mais propenso a cometer um delito.

O vasto rol de substâncias químicas que causam dependência, cada uma com seus devidos efeitos, torna a matéria não pacífica, tendo em vista que várias delas são suscetíveis de causar dependência física ou psíquica, o que certamente é peça fundamental para levar o indivíduo a delinquir.

Para Andrade (ano 7 apud GRECO FILHO, 2009, p.22), “o anfetaminismo abre caminho a delitos e contravenções. As contravenções envolvem médicos, farmacêuticos e viciados. [...] Os delitos decorrem da perda de autocrítica e senso ético”.

Contudo, para este autor, o uso da maconha não tem ação criminógena. Ressalta, inclusive, situação verificada na Penitenciária de Manaus, relatada por Heitor Péres:

Heitor Péres, em trabalho publicado sobre o diambismo (Toxicomanias – Cunha Lopes), revela que, na Penitenciária de Manaus, o Dr. Carpinteiro Júnior, nos dois períodos em que dirigiu aquele estabelecimento, sempre teve a oportunidade de verificar que os criminosos vindos do interior do Estado, mormente os provenientes do Baixo Amazonas, na sua maioria usavam maconha, e severa vigilância deveria ser feita no Presídio para que as visitas não fossem portadoras da droga. Contudo, nunca pôde apurar a relação direta entre maconha e o delito (GRECO FILHO, 2009, p. 24).

Todavia, este posicionamento é minoritário, pois a maioria dos pesquisadores do tema segue pensamento contrário. Isto porque o Instituto Nacional de Saúde Mental dos Estados Unidos, após estudos acerca dos componentes da maconha, concluiu que “o princípio ativo da maconha tem capacidade cumulativa e, à medida que os indivíduos vão ingerindo, os efeitos vão-se agravando” (GRECO FILHO, 2009, p.24).

Os efeitos da maconha podem ser resumidos em uma frase: distorção da realidade. É justamente esta distorção que impulsiona o usuário a praticar um delito, seja contra a pessoa, seja na direção de veículos, seja com o intuito de subtrair coisa alheia para adquirir mais droga. Por óbvio, se a pessoa for mal informada moralmente, este impulso o leva a delitos de maiores proporções.

O posicionamento Greco Filho (2009, p.25) explica o porquê da maconha ser forte fator crimínogeno:

Consideramos, portanto, a maconha, fator crimínogeno de relevância, pois quando não há visão correta da realidade, desaparecem os freios inibitórios morais e até físicos que impedem ao indivíduo a prática de delitos.

[...]

Se não bastassem, pois, as demais razões de deterioração pessoal, familiar, econômica e social causada em si pela toxicomania, deve ela ser combatida como causadora e propiciadora de ações delituosas, a atingir indeterminado números de pessoas.

De fato, é inegável que os efeitos das substâncias psicoativas, sejam elas de qualquer espécie, produzem alterações que interferem na conduta do usuário, tornando-o propenso ao cometimento de delitos, uma vez que sua moral é neutralizada pela distorção da realidade e seus impulsos e instintos preponderam sobre o indivíduo alterado.

Por ocasião deste posicionamento, o uso de substâncias psicoativas é encarado atualmente como um incentivo ao cometimento de delitos, motivo pelo qual as legislações ao redor do mundo, em sua maioria, vedam a legalização do seu comércio e tentam reprimir seu uso.

Ainda assim, o consumo de drogas é cada vez mais popular entre os indivíduos, ultrapassando barreiras geográficas, sociais e econômicas. Como já explanado anteriormente, seus efeitos afetam profundamente o estado físico e, em longo prazo, psicológico. O vício em determinada substância faz com que, muitas vezes, o indivíduo deixe de agir por vontade própria, transformando-se em um risco para a sociedade e para si mesmo.

Além do dependente químico, existem pessoas que fazem uso de drogas por mero divertimento e esta conduta mostra-se cada vez mais comum nos dias de hoje. Considerando que o fornecimento de drogas é comandado por um poder paralelo altamente organizado e

sobre o qual a repressão do estado não consegue atingir em definitivo, observa-se um aumento no número de consumidores, em sua maioria, jovens.

Uma pesquisa baseada em 8.589 entrevistas realizadas revela dados que ratificam este entendimento:

Segundo se apurou, “19,4%, da população pesquisada já fizeram uso na vida (quando a pessoa fez uso de qualquer droga psicotrópica pelo menos uma vez na vida) de drogas, exceto tabaco e álcool, o que corresponde a uma população de 9.109.000 pessoas. Em pesquisa idêntica realizada nos EUA, essa porcentagem atingiu 38,9% e, no Chile, 17,1%” (GRECO FILHO, 2009, p. 29).

Na atual conjuntura, o Estado vê-se, então, impossibilitado de optar por extremos. Não pode ele legalizar o uso, pois as consequências de tal legalização correm o grande risco de criar-se um caos social, nem tampouco pode o Estado proibir o uso, uma vez que a sociedade caminha no sentido de aceitar esta prática. Logo, como se deve proceder em relação ao usuário?

Antes de buscarmos respostas plausíveis e aplicáveis para essa pergunta, é necessário entender como a sociedade chegou a permitir a configuração do crime organizado, bem como quais os sujeitos que o compõem, a fim de determinar a posição que o usuário de drogas assume neste contexto, bem como saber qual a sua participação dentro do crime organizado.

### 2.1.3. A sociedade de risco e crime organizado

Para entender como a sociedade assumiu a configuração que hoje apresenta é necessário entender quais fatores influenciaram a transição da sociedade moderna para o que hoje se denomina sociedade pós-moderna, ou ainda, em um conceito mais apropriado, sociedade de risco.

Pode-se definir sociedade como “um tipo de sistema social caracterizado pelo nível mais elevado de auto-suficiência com relação ao seu ambiente, onde se incluem outros sistemas sociais” (PARSONS, 1974 apud COSTA, 2004, p. 3). O que caracteriza a sociedade moderna, nas palavras de Giddens (1996 apud COSTA, 2004, p.4) “é o dinamismo e o impacto global. Disso, é possível extrair a ocorrência de um desgaste dos hábitos e costumes locais”. Este desgaste ocorre porque há um aumento da mobilidade e da liberdade, os quais se revelam fatores chaves da transformação da sociedade moderna.

De acordo Giddens (1996 apud COSTA, 2004, p.6):

A modernidade é inerentemente globalizante. Ou seja, a sociedade não é um sistema limitado. Não é o resultado da vontade de um, ou de vários indivíduos (como bem mencionou Norbert Elias). Assim, Giddens identifica a globalização como um processo de alongamento, na medida em que as modalidades de conexão entre as diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram através da superfície da Terra como um todo. E vai além. Para ele, as relações sociais operam em escala mundial. Afinal, os acontecimentos locais podem influenciar e serem influenciados por outras situações provocadas a muitas milhas de distância.

Acerca da liberdade, a referida autora (p.12-13) comenta, ainda:

Como exemplo da influência da liberdade no Estado moderno, basta verificar o surgimento das primeiras Constituições e dos primeiros direitos humanos fundamentais. Juridicamente, as Constituições são compostas de direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta e de quinta gerações. Os direitos de primeira geração correspondem às garantias individuais e fundamentais. Vêm elencadas em primeiro plano na ordem constitucional. Tais objetos de proteção jurídica surgiram, historicamente, no exato momento do chamado Estado Liberal de Direito, marcado pelo liberalismo econômico que assolava a Europa. [...]

Logo, é cristalina a influência destes fatores no processo de transição da história da humanidade. Porém, a sociedade pós-moderna do século XXI, em decorrência desses fatores chave, somados à influência da cultura monetária (que fez o dinheiro, antigo meio, tornar-se fim absoluto e regulador da vida prática), apresenta-se como uma espécie de fruto da modernidade, ou, como afirma De Giorgi (1998 apud COSTA, 2004, p.19), “a pós-modernidade ‘emerge’ da modernidade, quer dizer, sai dela, produz-se em cima dela”.

A pós-modernidade, portanto, é fenômeno produzido pela própria modernidade. Entretanto, apresenta suas peculiaridades. Ora, independentemente da existência de uma data que estabeleça o limite da mudança de sociedade, os autores do tema são veementes em concordarem que a época presente é detentora de uma característica singular: “a celeridade com que as mudanças têm-se operado no contexto social. Mudanças essas, que se relacionam às certezas, ilusões e aos determinismos” (COSTA, 2004, p.23).

Hodiernamente não mais se pode prever o futuro com tanta precisão, haja vista o universo de probabilidades existente. Esta característica não existia na sociedade antiga, que em razão da carência de comunicação inter-regional e da crença nos mitos, admitia um futuro previsível. Hoje, tem-se que a sociedade pós-moderna não lida mais com o perigo, mas sim com o risco. Por este motivo é que também é chamada de sociedade de risco.

Para entender o risco como um dos elementos caracterizadores da sociedade de risco é necessário distingui-lo do conceito de perigo. Enquanto o perigo é resultado de uma sequência de fatos danosos provocados por outras causas que não dependem da voluntariedade e da decisão pessoal, o risco se reflete nos danos decorrentes da decisão

tomada pelo próprio indivíduo. A sociedade de risco, portanto, é caracterizada pelos danos oriundos de decisões individuais, que por consequência, afetam o todo social. E isto ocorre porque nos dias de hoje não há mais perigo, pois não há mais previsão. “A velocidade é tanta, a quebra de referências é tão imediata, que não se pode prever nada. Apenas a expectativa do acontecimento ou não do risco” (COSTA, 2004, p. 30).

Enfatiza, ainda, a autora, citando Ost (1999 apud COSTA, 2004, p.31):

Como a sociedade de risco é produzida pela sociedade industrial ao mesmo tempo em que a complementa, gera danos potenciais e possibilita o questionamento sobre as incertezas, então, tem-se que a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo que o medo regressa. A sociedade de risco toma então o lugar do Estado-providência, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade (grifo do autor).

Diante disso, começa-se a questionar a eficácia das ações do Estado por intermédio do Direito, que se mostram incapazes de atingir os objetivos de prevenção e controle social ou garantir algum tipo de assistência ou segurança, uma vez que há uma dissonância entre a lei e a sociedade. Segundo Ost (1999 apud COSTA, 2004, p.32):

Os excluídos já não formam uma classe homogênea que poderia ser representada e pesar pelas duas reivindicações nas opções políticas. Em vez de agentes políticos colectivos, a exclusão deixa apenas trajetórias individuais específicas que remetem para histórias singulares; desagregação dos lares sobreendividados, isolamento dos empregados de longa duração, ruptura familiar das mães solteiras. Nestas condições, é impossível identificar uma categoria social estável susceptível de representação e de proteção abstracta e geral pela via do direito.

Este sentimento de insegurança, que permeia não só o meio social, mas também o jurídico, tendo em vista ser uma característica da sociedade atual, faz a sociedade sentir uma espécie de pânico social, levando-a a exigir do Estado respostas rápidas à problemática da criminalidade. Como afirma Costa (2004, p.39) “passa-se a falar no crime organizado, sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz”.

Aproximando-se do foco principal deste trabalho, impõe-se a definição da expressão “crime organizado”, que, como bem ressalta Costa (2004), muitas vezes é utilizada sem que se tenha real noção do que ela possa significar. Assim, a criminalidade organizada no Brasil pode ser conceituada como:

[...] o conjunto de crimes, praticados por um grupo de indivíduos, associados em função de suas vontades livres e conscientes, dirigidos à consecução de metas e de fins comuns, que dependem, para o êxito de suas pretensões, da interação com outras organizações sociais, lícitas ou ilícitas, e mantêm características próprias de hierarquia e de divisão de funções para a sua subsistência (COSTA, 2004, p. 88).

Portanto, a união de um grupo de pessoas com destinação única de praticar atividade

considerada pelo Estado como ilícita, é uma forma de definir o crime organizado. Ressalta-se que esta espécie de associação criminosa não se assemelha à conhecida máfia europeia ou americana. Na América Latina, o crime organizado possui uma feição diferenciada, mas que preserva certas características das associações criminosas tradicionais, por exemplo, o uso da violência em suas variadas formas e a hierarquia funcional.

Sem dúvida, o tráfico de drogas é a modalidade de crime organizado que atualmente mais ocupa o pensamento coletivo. Primeiramente porque o consumo de drogas se disseminou rapidamente em todos os meios sociais, não encontrando nada que obstaculizasse a sua inserção entre os indivíduos, principalmente os jovens. Em segundo lugar, os sujeitos da ação, ou seja, aqueles que fazem parte da associação criminosa são responsáveis pela criação de uma espécie de poder paralelo ao Estado, dominado as áreas em que habitam e utilizando-se da violência como meio de coação e o suborno como meio de adquirir “invisibilidade” perante os órgãos de fiscalização.

Da mesma forma que os sujeitos da ação (traficantes e associações criminosas) e os sujeitos da repressão (policiais, juízes, promotores, etc.), os usuários compõem a cadeia do crime organizado, movimentando a economia por meio do consumo de substâncias entorpecentes e, por isso, são denominados sujeitos do consumo.

De fato, ao violarem os preceitos legais estabelecidos pela sociedade contemporânea ao consumirem o proibido, os usuários contribuem para as práticas organizadas. Afinal, se não há procura, para quem haverá oferta? Assim, os sujeitos do consumo são os responsáveis por alimentar o tráfico e, de certa forma, aumentar o índice de atos delituosos.

É certo que pelos múltiplos tipos de consumidores que compõem a extensa rede de contatos entre usuário final e chefe do tráfico, não há como apontar apenas um ato típico de usuário, pois as possibilidades são variadas. Muitos passam a integrar a organização criminosa em troca das substâncias, enquanto outros passam a cometer furtos e roubos, a fim de manter o vício.

Por meio de uma pesquisa realizada por Costa (2004, p.168-169) com usuários de drogas, foi possível verificar a opinião destes com relação à descriminalização, sendo encontradas respostas não uniformes, como erroneamente poderia se imaginar:

Quando questionados sobre a possibilidade de descriminalização do consumo de entorpecentes, asseveraram que: sou contra a legalização da maconha, tu não precisa sair fumando na rua, tu fuma pra ti cara, a melhor coisa que tem é fazer em casa o que tu quer, discreto, na tua (entrevista de número 04); eu sou a favor da legalização da maconha. Mas de cocaína, essas coisas, não. Quem é viciado em droga, não é viciado em maconha, cheirar é muita viagem (entrevista de número 05); não sou favorável, porque se liberassem, o consumo iria aumentar muito. Não acabaria com o tráfico a

liberação (entrevista de número 06); eu preferiria que liberassem e tal, porque quem fuma, não dá bola se é liberado ou não (entrevista de número 07); eu sou a favor porque ia ficar mais fácil conseguir a droga assim. Acho que não deveria liberar a cocaína porque ela vicia mais e mata mais rápido também (entrevista de número 08). Essas opiniões evidenciam que os usuários, embora envolvidos diretamente com o tráfico, não se posicionam de maneira uniforme diante da possibilidade de legalização das ações que realizam.

Assim, estas informações servem para corroborar a afirmação de que a legislação repressiva, em vez de trazer na prática a segurança almejada pela sociedade, apenas se distancia dela, pois como se pode ver, se a opinião dos próprios usuários não é uniforme acerca do tema, necessário se faz debater a questão e discutir os pontos divergentes. Não se pode impor uma nova regra mais severa se a regra preexistente, em tese mais branda, não reflete os anseios sociais da forma correta, a ponto de ser considerada ineficaz.

Na verdade, o usuário de drogas, não importa a qual grupo pertença, encontra-se marginalizado da sociedade, pois ao passo em que é obrigado a fazer parte dela, viola suas regras no intuito de encontrar o seu bem-estar, que por sua vez não é proporcionado pela vida que normalmente deveria levar. Considerá-lo doente ou criminoso, certamente não é a forma mais adequada do Estado administrar a questão do uso de substâncias entorpecentes.

#### 2.1.4. Direito Comparado: O usuário nas legislações estrangeiras

Segundo o European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction (2001 apud OLIVEIRA, 2008), é importante destacar que atualmente não existe nenhum país que tenha legalizado o uso de drogas. A Holanda carrega o mito de ter uma legislação avançada para o consumo de estupefacientes, entretanto, essa é uma visão errônea que, infelizmente, encontra-se amplamente difundida.

No caso da Holanda, existe uma espécie de regularização do uso. Na verdade, melhor expressão seria tolerância ao consumo e, ainda assim, apenas da maconha. O que ocorre neste país é uma distinção entre as substâncias. A cannabis, por exemplo, é considerada uma droga leve (“hemp” é a classificação utilizada para as drogas provenientes da maconha) e, em razão disso, seu consumo é autorizado em cafés, sob algumas condições: a venda é proibida para menores; não se pode consumir mais do que cinco gramas; não é permitido o anúncio da droga, em qualquer estabelecimento (OLIVEIRA, 2008)

Frise-se, portanto, que a Holanda trata o consumidor penalmente, ou seja, o consumo

de drogas para uso pessoal é considerado crime. Segundo informações colhidas do sítio do European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2008 apud CARVALHO, 2010, p. 184):

Dutch drug legislation is based upon the principle of the separation of the markets for cannabis and other illegal drugs. Thus, illicit substances, according to the Opium Act, are divided into two lists: substances presenting unacceptable risks (list I) and other substances (list II) such as cannabis, also known under the non-legal terms of 'hard' and 'soft' drugs. Penalties for offences involving list II substances are lower than those for list I. In the Netherlands, the possession of small amounts of drugs for personal use is tolerated in certain cases. However there are situations where the use of drugs is prohibited (i.e. use in schools). The possession of small quantities of drugs for personal use (less than 0.5 grams of hard drugs (list I) and less than five grams for cannabis (list II)) will generally not lead to prosecution, unless it causes public nuisance. Possession of drugs for commercial purposes will be prosecuted and penalties may range from one month imprisonment and/or a fine, to eight years and/or a fine, depending on the quantity and the type of drug. The maximum penalty may be even higher if the crime has been committed more than once. The sale of cannabis in 'coffeeshops', while technically illegal, is tolerated under strict conditions. Within the framework of the Opium Act, importing and exporting of any classified drug is considered a serious offence and can be punished by a penalty ranging from four years of imprisonment and/or a fine to up to 16 years of imprisonment depending on whether a 'hard drug' or a 'soft drug' was involved. In 2001, a special law was introduced which aims to deliver treatment in prison-like institutions to drug users who are 'prolific' offenders. In 2004, a new similar act for all prolific offenders came into effect.

Considerando tais fatos, proceder-se-á a uma breve análise de dois modelos diferentes de tratamento jurídico dispensado ao usuário, a fim de que, posteriormente, seja possível uma melhor compreensão para a escolha do legislador brasileiro pela despenalização do tipo que prevê o consumo. Primeiramente, o modelo português, cuja estrutura do crime organizado é semelhante a do Brasil e, após, o modelo da Justiça Terapêutica, desenvolvida nos Estados Unidos, país conhecido como aplicador de uma justiça repressiva e intransigente.

#### 2.1.4.1 Portugal: uma decisão intermediária

Devido a sua localização, Portugal é um grande corredor de transporte de substâncias ilícitas, cuja origem não é apenas brasileira, mas também marroquina, venezuelana e holandesa. O destino abrange quase todos os países da Europa Ocidental, principalmente a Espanha.

Em Portugal, o poder econômico encontra-se estreitamente ligado ao tráfico de drogas, tal qual no Brasil. É possível verificar também a existência de corrupção policial, haja

vista a seguinte declaração de Preto (2002 apud OLIVEIRA, 2008, p.257):

[...] muitas vezes, as quantidades de drogas apreendidas que chegam ao Tribunal são substancialmente inferiores às anunciadas pela Polícia Judiciária, como no caso dos 3.100 kg de haxixe apreendidos em Portimão – cidade de Portugal. [...] cabe à Polícia Judiciária de Portugal explicitar “quem foram os destinatários do dinheiro e da droga que falta ou nunca é declarada [e] por que será que algumas das vezes não são arrolados como testemunhas de acusação os coordenadores ao mais alto nível destas operações [...]”.

Embora as organizações criminosas atuem por meio de grandes e médios carregamentos, o que predomina no tráfico de entorpecentes em Portugal é o tráfico individual, o qual Adriano Oliveira chama de “tráfico formiguinha”. O itinerário é semelhante ao que ocorre no Brasil: existe a busca das substâncias em comunidades pobres por parte de comerciantes de todos os estratos sociais, havendo uma espécie de “democratização” do tráfico, uma vez que ele é individualizado e feito em pequenas proporções (OLIVEIRA, 2008).

Isto não significa, contudo, que o tráfico em Portugal é composto unicamente dessas pequenas células. De fato, existem organizações de vários níveis, havendo inclusive a existência de organizações transnacionais. O que se percebe, na verdade, é um intercâmbio comercial entre as grandes organizações que vai decrescendo até chegar ao tráfico formiguinha, de forma que um alimenta o outro, em um ciclo fechado.

O dinheiro proveniente do comércio ilegal é destinado às ações corruptoras, cujo intuito é obter proteção institucional, fechando assim, as relações dos vários tipos de grupo que compõem o tráfico, tal como no Brasil.

Para o enfrentamento do problema das drogas, o Conselho de Ministros criou, em 1999, a Resolução 46/99, que consistia em uma estratégia nacional de enfrentamento baseada em cinco convicções: 1) a droga é um problema de dimensão mundial; 2) toxicodependente é um doente; 3) construção de uma política de redução de danos para o toxicodependente, para a saúde pública e a sociedade; 4) ênfase na prevenção e reforço para o combate ao tráfico de drogas; 5) à lavagem de dinheiro.

A partir dessa resolução, o mesmo Conselho de Ministros decidiu optar por uma política pública na qual o consumidor deixa de ser objeto de intervenção penal, transformando-se em alvo de intervenção administrativa. Promulgou-se, assim, a Lei 30, de 29 de novembro de 2000, que descriminalizou o usuário de drogas em Portugal.

Não se trata, portanto, de crime, mas sim de contra-ordenação. Comparativamente, seria semelhante a uma infração de trânsito no Brasil, cuja sanção é tão somente administrativa. Segundo o artigo 2º, 1 da Lei 30/2000:

#### Artigo 2º

1 – O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

Ao flagrarem um indivíduo consumindo substâncias entorpecentes, as autoridades policiais procederão à sua identificação, revista e apreensão da substância (ou de eventual preparo). Após, elabora-se um auto de ocorrência que é posteriormente encaminhado para a Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência, responsável pela oitiva do consumidor flagranteado. Esta Comissão irá emitir um parecer, afirmando se aquele consumidor é de fato toxicodependente ou não.

Para ser enquadrado como consumidor de drogas e não como traficante, o flagranteado não pode ser encontrado com quantidade superior ao consumo médio individual no período de dez dias. Entretanto, a legislação portuguesa não estabeleceu um limite taxativo, porém, a portaria número 94/ estabeleceu uma quantidade máxima, que por sua vez, não é amplamente determinante, pois não tem força de lei:

Por incrível que pareça, essa quantidade não é definida em lei. Contudo, a Portaria 94/96 tenta estabelecer a quantidade máxima permitida. Contudo, o Documento 307, de 11.03.2004, enviado pelo diretor nacional adjunto da Polícia de Segurança Pública (PSP), José Gaspar Fernandes, ao Conselho Consultivo para Formação das Forças e Serviços de Segurança, considera essa portaria meramente subsidiária visto que inexistente outro instrumento jurídico definindo a quantidade permitida para o consumo (OLIVEIRA, 2008, p. 264).

Depois de avaliado, o consumidor poderá ter o seu processo suspenso por um período de dois anos, prorrogáveis por mais um, se a Comissão verificar que não há registro anterior referente àquele indivíduo, ou se ele solicitar tratamento espontaneamente. Se durante o tempo em que o processo ficar suspenso não houver reincidência por parte do consumidor, o processo é arquivado.

É o que dispõe o artigo 13º da referida lei:

#### Artigo 13º

##### Duração e efeitos da suspensão

1 – A suspensão do processo pode ir até dois anos, podendo ser prorrogada por mais um ano por decisão fundamentada da comissão.

2 – A comissão arquiva o processo, não podendo ser reaberto, se:

- a) Tratando-se de consumidor não toxicodependente, não tiver havido reincidência;
- b) O consumidor toxicodependente se tiver sujeito ao tratamento e não o tiver interrompido indevidamente.

3 – Fora dos casos previstos no número anterior, o processo prossegue.

4 – A prescrição do procedimento não corre no decurso do prazo de suspensão do processo.

No que diz respeito às sanções, a lei portuguesa prevê multa (coima) para aqueles

não identificados como toxicodependentes (artigo 15º, nº 1), ou ainda sanção não pecuniária. A Comissão avalia o caso concreto e aplica a sanção que melhor se adéqua àquela espécie de consumidor. Aos que figuram como toxicodependentes, as sanções serão sempre não pecuniárias, aplicando-se:

Artigo 17º Outras sanções

1 – A comissão pode impor em alternativa à coima uma sanção de admoestação.

2 – Sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo 15º, a comissão pode aplicar as seguintes sanções, em alternativa à coima ou a título principal:

a) Proibição de exercer profissão ou actividade, designadamente as sujeitas a regime de licenciamento, quando daí resulte risco para a integridade do próprio ou de terceiros;

b) Interdição de frequência de certos lugares;

c) Proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; d) Interdição de ausência para o estrangeiro sem autorização; e) Apresentação periódica em local a designar pela comissão;

f) Cassação, proibição da concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio;

g) Apreensão de objectos que pertençam ao próprio e representem um risco para este ou para a comunidade ou favoreçam a prática de um crime ou de outra contra-ordenação;

h) Privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído a título pessoal por entidades ou serviços públicos, que será confiada à entidade que conduz o processo ou àquela que acompanha o processo de tratamento, quando aceite.

3 – Em alternativa às sanções previstas nos números anteriores, pode a comissão, mediante aceitação do consumidor, determinar a entrega a instituições públicas ou particulares de solidariedade social de uma contribuição monetária ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, em conformidade com o regime dos nos 3 e 4 do artigo 58º do Código Penal.

4 – A comissão pode suspender a execução de qualquer das sanções referidas nos números anteriores, substituindo-a pelo cumprimento de algumas obrigações, nos termos do artigo 19º.

As sanções penais acima têm duração mínima de um mês, podendo chegar até três anos. O que se percebe, portanto, é que a Comissão procura identificar de forma minuciosa o perfil do consumidor e adequá-lo a sanção mais efetiva. Da leitura da lei nº 30 de 2000, apreende-se que o Estado passa a acompanhar a trajetória do consumidor, por meio de órgãos aparelhados com pessoal especializado e com uma legislação controladora para as variadas espécies de reação. Cumpre saber, apenas, se este modelo de lei e de controle tem o resultado esperado pelo Estado.

#### 2.1.4.2 A repercussão da Lei 30/2000 na sociedade portuguesa

Oliveira (2008) apresenta inúmeros dados estatísticos acerca do tráfico e consumo de

drogas em Portugal após a descriminalização do uso. Em que pese os dados sejam importantes, o que se busca no presente trabalho é averiguar quais os efeitos desta descriminalização para aquele país, uma vez que a solução tomada, apesar de ser intermediária, consistiu num passo mais avante do que aquele tomado pelo Brasil.

Como já afirmado anteriormente, o consumidor, seja ele toxicodependente ou ocasional, é uma peça fundamental para a dinâmica do tráfico. Afinal, sem consumo, não há porque haver venda e, logo, não existiria tráfico contínuo.

Assim, após a despenalização do usuário de drogas, verificou-se em Portugal um aumento no consumo de tais substâncias, principalmente entre o período de 2001 a 2003. O número de processos administrativos de contra-ordenação também aumentou. Além dos números, que não devem ser considerados como determinantes, mas que são indicadores essenciais para um estudo abrangente do fato, o relato da Polícia portuguesa corrobora para o aumento do uso. De acordo com a pesquisa de Oliveira (2008, p.293-294):

Relegando os números, deve-se ressaltar que todas as fontes policiais portuguesas ouvidas nesta pesquisa declararam que a despenalização motivou o aumento do consumo de drogas e, conseqüentemente, do tráfico. De acordo com o capitão Rosa, da Guarda Nacional, a descriminalização do usuário “melhorou a qualidade de vida dos traficantes”, porque os policiais passaram a questionar sobre a atitude a tomar diante do consumidor, uma vez que não podem prendê-los: “[...] então, eu tenho tanto trabalho pra quê?”.

Ressalte-se, ainda, que além do aumento do consumo, a despenalização dificultou a atuação da Polícia, uma vez que é muito mais difícil distinguir o consumidor do traficante. Este último, sabendo da autorização legal dada ao consumidor para usar seu produto, passou a circular com diminutas quantidades de estupefacientes, a fim de que, se forem capturados pela polícia, podem alegar serem usuários. Aplica-se a mesma dificuldade de distinção para os componentes do tráfico formiguinha, que já consiste em uma esfera menor de atuação, sendo para eles mais fácil ainda passar-se por consumidores.

Braz (2005 apud OLIVEIRA, 2008, p. 294) salienta que:

[...] a retórica dos defensores da despenalização de que ela deve orientar as forças policiais para o grande tráfico é uma ficção visto que o combate ao pequeno tráfico pode permitir a identificação dos grupos criminosos depois de processos de investigação. Para esse membro da Polícia Judiciária, o tráfico de drogas tem uma hierarquia que vai desde o pequeno traficante ao grande. O primeiro representa o tráfico formiguinha; o segundo pode representar o líder de uma organização. Diante disso, frisa José Braz, o combate ao pequeno tráfico é muito importante, contudo, depois da despenalização, deixou de ocorrer com eficácia.

Neste panorama, é possível afirmar que a descriminalização em Portugal proporcionou os seguintes efeitos: aumento do consumo e da sua visibilidade (uma vez que

consumir não é mais crime, os usuários deixaram de esconder o hábito); tolerância para com os usuários por parte da Polícia; dificuldade de distinguir o consumidor do pequeno traficante; dificuldade para alcançar informações pertinentes que permitem a polícia a chegar aos grupos criminosos; fortalecimento do pequeno tráfico, que se confunde com o consumidor.

Com essas conclusões, Oliveira (2008, p.296-297) assevera:

Apesar de levar em consideração o impacto relativo da descriminalização nas várias categorias analisadas estatisticamente, também não esquecendo o aumento do mercado consumidor no período 2001-2003 –, sem nenhum receio, pode-se asseverar que a despenalização do consumo de drogas em Portugal fortaleceu a dinâmica do tráfico de estupefacientes. Com base no que foi evidenciado – que as peças presentes nos mecanismos do tráfico podem apresentar relação de causalidade, e a existência de uma possibilita a presença de outra –, constata-se que o mercado descriminalizado é uma variável causal ou condicional para o fortalecimento dos mecanismos do tráfico de drogas.

Diante de tais fatos, é de se concluir, portanto, que a descriminalização do uso de drogas em Portugal, apesar de todo o aparato estatal elaborado para o tratamento do toxicodependente representar um grande avanço na forma como o usuário figura na sociedade, acabou por aumentar o consumo das drogas e dificultar o combate ao tráfico. Saliente-se, por oportuno, que Portugal não deixou de investir em campanhas preventivas, mas, ainda assim, a escolha do indivíduo, na sociedade atual, tende mais à curiosidade do que à sanidade, o que acarreta desestabilidade do Estado, que, por sua vez, não sabe de que forma deve tratar do assunto. Eis o exemplo português.

#### 2.1.4.3 Justiça terapêutica: versão branda da política repressiva norte-americana

Não obstante a corrente mais flexível seguida pelos países europeus, sabe-se que os Estados Unidos é modelo de uma legislação proibicionista e repressiva. Tanto é assim que o início do século XXI foi marcado por ampla divulgação da mídia do denominado Movimento de Lei e Ordem, que prega um Direito Penal Máximo, fazendo a sociedade crer que essa é a solução de todos os males que a acometem.

De acordo com Greco (2009, p. 14):

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupros de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução para todos os seus problemas.

O Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. A toda hora o Congresso Nacional anuncia novas medidas de combate ao crime.

O Movimento de Lei e Ordem (MLO) nos Estados Unidos ficou conhecido como Tolerância Zero, criado pelo então Prefeito da cidade de Nova York, Rudolph Giuliani. Por meio deste movimento político-criminal, a sociedade é educada sob a crença de que o Direito Penal é o protetor de todos os bens existentes na sociedade, fazendo com que comportamentos ligeiramente reprováveis e pouco relevantes sejam alvo de repressão pelo Direito Penal.

Um pensamento radical como esse não deixa de ser utópico, pois é impossível que o Direito Penal seja plenamente aplicado da forma como o MLO prega. A principal função deste movimento, na verdade, é tranquilizar a opinião pública, pois é impossível conceber-se a ideia de um Direito Penal Máximo dentro de uma democracia. O efeito é apenas simbólico, pois a sociedade crê estar recebendo um retorno do Estado no combate à criminalidade. Saliente-se, contudo, que tal raciocínio direciona-se apenas quando o criminoso é um indivíduo sem rosto.

Na opinião de Greco (2009, p.16):

Obviamente que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, aos quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo, somente para os “outros”, e, se possível, nem o “mínimo” para nós.

Embora tal movimento tenha sido amplamente difundido na década de 90, não se pode olvidar que o crime é considerado uma normalidade social. Some-se a isso o fato de que os Direitos Humanos, ao longo dos anos passou a ganhar mais adeptos, de modo que no Brasil e no mundo sua interferência conseguiu neutralizar a filosofia repressiva do modelo norte-americano, que se viu obrigado a repensar sua abordagem.

No tocante ao uso de drogas, sabe-se que esta é uma prática cada vez mais popular entre os indivíduos. O Estado, porém, não pode reprimir aquilo que está se tornando cada vez mais comum na sociedade sem que encontre a reprovação de tal controle. Desta forma, o meio encontrado pelos adeptos da corrente proibicionista consiste em submeter os indivíduos que consomem tais substâncias a um tratamento cujo fundamento principal é a abstinência. Criou-se, então, o que se chama de Justiça Terapêutica.

Boiteux (2009, p.19) conceitua a Justiça Terapêutica como “a intervenção formal dos

órgãos judiciais visando ao tratamento de ‘doentes’, pois parte da ‘ideia de reabilitação à saúde ou de um tratamento necessário para a correção de uma disfunção orgânica ou mental’.

Sob tal perspectiva, o usuário é considerado um enfermo, que deve ser tratado para se curar de uma doença. Ponto interessante desta interpretação é que a Justiça Terapêutica não leva em conta a vontade do usuário, pois é da opinião de que o magistrado está autorizado a intervir na sua esfera de vontade e determinar a ele que se submeta a tratamento adequado. De acordo com os idealizadores desta corrente:

A Justiça Terapêutica é um conjunto de medidas que visam a aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados (BOITEUX, 2009, p. 19)

A partir do conceito supracitado, é perceptível que sob o manto da reabilitação, da terapia e do tratamento, o objetivo da Justiça Terapêutica é adequar o indivíduo a conduta considerada correta para a sociedade, deixando de considerar seu poder de escolha. Busca-se, tão somente, retirar o usuário/dependente do vício, a fim de que ele retorne ao convívio social ideal. A aplicação resume-se às seguintes opções: tratar-se ou ser encarcerado. Boiteux (2009, p.20) explica:

Se o indivíduo acusado de portar drogas concordar com o tratamento obrigatório, ele não vai preso, se recusar, será encarcerado. Naquele país, tendo o acusado se declarado culpado por posse de drogas, a ele será aplicada a pena de tratamento, que exige a sua abstinência total, ficando este obrigado a realizar, obrigatoriamente, periódicos exames de urina. Caso nestes seja detectada a presença de alguma droga ilícita, o acusado será encaminhado imediatamente à prisão.

Não se percebe, contudo, uma diferenciação entre o usuário eventual, o ocasional ou o dependente, todos são classificados como doentes que precisam ser tratados à força, a fim de que se reduzam os danos sociais. É clara, portanto, a influência da ideologia da defesa social e do modelo proibicionista na proposta da Justiça Terapêutica, embora seja ela anunciada como medida humanista e alternativa.

O modelo da Justiça Terapêutica é chamado nos Estados Unidos de “Drug Courts” (Cortes de Drogas) e, no Brasil, já encontra adeptos, principalmente em Porto Alegre-RS. Sua aplicação está direcionada apenas aos infratores do artigo 28 da Nova Lei de Drogas, desprezando os usuários de álcool e tabacos, por se tratarem de drogas legalizadas.

Todavia, verifica-se que a aplicação do modelo norte-americano, no Brasil, encontra franco impedimento legal, pois conforme será demonstrado adiante, o dispositivo prevê o tratamento ambulatorial somente nos casos em que o usuário se voluntariar para ele.

## 2.2 Da atual Política Nacional de Drogas no Brasil

Embora o uso de substâncias entorpecentes seja uma prática tão antiga quanto a existência da humanidade, somente no início do século passado é que surgiram as primeiras tentativas de controle e repressão em âmbito polinacional. Porém, todas as tentativas apresentaram resultados duvidosos em virtude da falta de entendimento internacional quando os países produtores de entorpecentes privilegiavam os interesses econômicos em função do bem-estar da humanidade.

O impacto da II Guerra Mundial aumentou o consumo de drogas em todo o mundo, o que fez a ONU voltar-se para este fato. A partir de então, foram elaborados e assinados vários protocolos e convenções a fim de estabelecer um controle uniforme do tráfico de drogas pelos países signatários. Como destaque, a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes, da qual o Brasil faz parte, regulamentou medidas de controle e fiscalização, além de conter quatro listas de entorpecentes.

Por sua vez, a legislação brasileira possui um extenso histórico legislativo acerca do uso de drogas, pois o tema já era mencionado nas Organizações Filipinas de 1603, que em seu Título LXXXIX determinava “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso” (GREGO FILHO, 2009, p. 61).

O Código de 1890, por sua vez, foi o primeiro diploma brasileiro que realmente dispôs sobre o uso e a comercialização de substâncias venenosas, apesar de não ter sido eficaz para combater o aumento do índice de toxicomania que permeou o país por volta de 1914.

A partir deste momento, uma sequência de decretos reguladores da questão das drogas foram surgindo ao longo do tempo, mas a maioria deles apresentavam resultados precários, uma vez que havia um distanciamento entre os dispositivos legais e a realidade social. Conforme o relato de Greco Filho (2009, p.62):

[...] Tentando coibir tal estado de coisas, foi baixado o Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, inspirado na Convenção de Haia de 1921 e modificado pelo Decreto n. 15.683, seguindo-se regulamento aprovado pelo Decreto n. 14.969, de 3 de setembro de 1921. Por falta de condições de efetivação da legislação, também ainda incipiente, os resultados da repressão foram precários, tendo sido, em janeiro de 1932, editado o Decreto n. 20.930, modificado pelo Decreto n. 24.505 de junho de 1934. Grande impulso na luta contra a toxicomania foi dado pelo Decreto n. 2.953, de agosto de 1938. Em seguida, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-Lei n. 3.114, de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto-Lei n. 8.647, de 1946, com atribuições de estudar e fixar normas gerais sobre fiscalização e repressão na matéria de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas a respeito. Dos trabalhos desse órgão, surgiu o projeto para a edição do Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938, ainda fonte básica de nossa legislação

sobre a matéria. Na parte penal, esse Decreto-Lei modificou o Decreto n. 20.930, que havia integrado a Consolidação das Leis Penais, a qual, em seu art. 159, punia ações semelhantes às do art. 281 do Código Penal em vigor. O texto do Decreto-Lei n. 891/38 inspirou-se na Convenção de Genebra de 1936 e traz a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos.

Merece destaque, ainda, o artigo 281 do Código Penal de 1940, que previa a pena de um a cinco anos de prisão caso o indivíduo importasse, exportasse, vendesse ou expusesse à venda, guardasse, ministrasse ou, de qualquer maneira, entregasse a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Este artigo recebeu mais um verbo componente do núcleo do tipo como forma de incidência penal por meio da lei n. 4.451/64, qual seja, o verbo “plantar”.

Convém salientar, ainda, a importância da lei n. 5.726/71, que dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao uso e ao tráfico de entorpecentes, ou que determinem dependência. A referida lei também alterou o art. 281 do Código Penal Brasileiro e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos que nele se enquadravam. Por tal motivo, foi considerada a iniciativa mais completa e válida da sua época no que se refere à repressão aos tóxicos, em caráter mundial.

Diante do que mencionado até o presente momento, observa-se que o caminho em direção a uma legislação verdadeiramente preventiva e eficaz vem sendo traçado há muitos anos, sendo recheado por inúmeros furos legislativos, mas que de certa forma acabaram por contribuir, ainda que pouco, para o avanço do controle das drogas pelo Estado.

Ademais, é importante ressaltar que todas as leis supracitadas, apesar de diferenciarem o traficante do usuário, aplicam a ambos a pena privativa de liberdade, além, é claro, de voltarem seu foco na repressão, e não na prevenção (havendo raras exceções).

Com o advento da lei n. 6.368/76, que passou a disciplinar a matéria referente ao uso e tráfico de entorpecentes, pode-se vislumbrar uma análise mais pormenorizada destes sujeitos do crime organizado. Mais do que isso, deve-se levar em consideração o fato de que a lei n.6.368/76 foi pano de fundo da nova lei antidrogas, o que justifica a posição deste item dentro do estudo do sujeito do consumo.

### 2.2.1 A Figura do Usuário no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como já exposto, o usuário de drogas é o sujeito que movimenta a economia oriunda

do crime organizado, através da compra de substâncias ilícitas. Independe, neste ponto, se este usuário é ou não dependente químico, pois de qualquer modo ele é peça fundamental do tráfico.

A legislação brasileira, quando iniciou a dispor leis referentes ao tráfico e ao consumo, desde já soube diferenciar os sujeitos da ação e os sujeitos do consumo. Entretanto, a pena cominada era a mesma para ambos, pois o fundamento destas leis era a repressão, impulsionada pela mídia e pelo Movimento de Lei e Ordem.

Aos poucos, contudo, o aumento do número de consumidores, estes pertencentes a todas as classes sociais, percebeu-se a necessidade de voltar um olhar diferenciado para o consumidor, ainda mais no tocante àqueles que desenvolviam o vício e tornavam-se dependentes químicos. Afinal, se a pena privativa de liberdade não constitui meio de recuperação eficaz para indivíduos saudáveis, que dirá para pessoas com problemas de fundo neuropsicológico.

Tendo em vista esta linha de evolução do pensamento legislativo, dar-se-á início a uma breve análise das duas leis que precederam a lei n. 11.343/2006 e a forma como estas enquadraram o usuário de drogas, para, após, analisar a figura do consumidor de substâncias ilícitas na lei vigente.

#### 2.2.1.1 A lei 6.368/76

Em 21 de outubro de 1976 entrou em vigor a lei nº 6.368, substituindo quase que totalmente a lei nº 5.726/71, exceto no que esta dispunha em seu artigo 22, que se referia ao procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que cometia tráfico de entorpecentes. O Decreto nº 78.992/76 regulamentou a nova legislação de tóxicos da época.

Com apenas quarenta e sete artigos, a lei nº 6.368/76 era dividida em cinco capítulos, quais sejam: I – Da prevenção; II – Do tratamento e da recuperação; III – Dos crimes e das penas; IV – Do Procedimento Criminal; V – Das disposições gerais.

Segundo Greco Filho (2009, p.72) a lei nº 6.368/76, tal qual a lei que a antecedeu, procurou ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, como sendo o único instrumento realmente válido.

Entretanto, Carvalho (2010, p.23) apresenta crítica um pouco mais dura a respeito da lei de 1976, uma vez que vislumbrou uma “nítida dicotomização entre usuário/dependente e

traficante, aprimorando os instrumentos de distribuição formal dos estereótipos proporcionados pelos discursos médico-jurídico e jurídico-político”. Na opinião do referido autor, a lei de drogas de 1976 é permeada pelos binômios dependência-tratamento e tráfico- repressão, além de apresentar uma tonalidade alarmista resultante das campanhas de Lei e Ordem:

O discurso de pânico demonstra a distorção entre o real e o imaginário, sobretudo porque os índices de comércio e consumo de drogas ilícitas no Brasil, em meados da década de setenta, se comparados aos de outros países ocidentais, não são substancialmente elevados. A propósito, importante ter presente, desde o início da investigação, a constatação de Jock Young no sentido de que o campo das drogas – sobretudo pela forma de exposição gerada pelo mass media – é a fonte do pânico moral par excellence, sendo sua imagem frequentemente distorcida, quantitativa e qualitativamente (CARVALHO, 2010, p. 23).

De fato, ao observar o teor do capítulo primeiro da referida lei, que trata da prevenção, apreende-se que o intuito da lei é incitar a mobilização nacional, o que em vez de apresentar-se como medida preventiva, acaba projetando uma intenção repressiva típica dos modelos penais de exceção. Para Carvalho (2010, p. 24), esse discurso disfarçado foi o responsável pelos “futuros efeitos perversos da Lei de Drogas: a aparente preocupação com as ações preventivas densifica o sistema repressivo”.

No que se refere aos usuários de drogas, o segundo capítulo da lei nº 6.368/76 regulamenta o seu tratamento e recuperação, com a ressalva de que este tratamento, além de ser obrigatório, independe da prática de delito, atuando como verdadeira lei universal para todos os sujeitos envolvidos com abuso de drogas ilícitas.

Mais uma vez, é possível observar o sistema repressivo encoberto pelo manto do discurso médico-jurídico-sanitarista, pois é perceptível o entendimento legal de que a toxicod dependência é um fator criminógeno de intensa periculosidade social, deixando de considerar o fato de que nem todo usuário é dependente.

Carvalho (2010, p.24-25) bem explica:

A fusão dependência-delito, presente na lógica do tratamento e da recuperação moldada pela Lei de Drogas de 1976, gera espécie de criminalização da adicção, pois, como todos os pressupostos da criminologia etiológica, impões como dever do Estado a intervenção no dependente para impedir sua conduta criminosa futura. No entanto, o binômio dependência-delito não é apenas equivocado em face desta relação não ser empiricamente demonstrável, mas porque evoca medidas profiláticas de coação direta absolutamente distantes do ideal do tratamento, mormente ao estabelecer como objetivo da ação médica a prevenção de delitos. Em decorrência, olvida a importância da adesão (voluntariedade) do dependente ao programa de recuperação, transformando o tratamento em medida policialesca.

De igual modo, outra falha encontrada na Lei de Drogas de 1976 diz respeito à ampla

margem de discricionariiedade conferida ao juiz no que se refere à fixação da pena. Para o crime de tráfico (artigo 12), a pena de reclusão imposta pela lei em comento variava de 03 (três) a 15 (quinze) anos. Ressalte-se, ainda, a previsão de causas especiais de aumento de pena (artigo 18, I, II, III e IV), que incidiam obrigatoriamente no cálculo da pena (“As penas dos crimes previstos nesta lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)”). Não há qualquer causa especial de diminuição da pena.

É certo que a lei nº 6.368/76, em conformidade com o momento em que foi elaborada, preferiu discurso preventivo, mas possuía caráter repressivo, não somente nas penas previstas para os sujeitos da ação, mas também para os sujeitos do consumo, que se viam obrigados a se submeter a tratamento especializado, sem que fosse levada em consideração a sua condição de dependente ou mero usuário para fins recreativos.

Nestes termos, a lei nº 6.368/76 vigorou no Brasil durante 30 anos, pois ainda que em 2002 uma nova lei de drogas tenha sido publicada, a sua precariedade fez os aplicadores do Direito Penal buscarem amparo na lei anterior, como se verá a seguir.

#### 2.2.1.2 A lei 10.409/2002

A legislação brasileira que regulamentava o uso e a comercialização de substâncias entorpecentes vinha, há muito, necessitando de profunda reforma, visto que foi elaborada em 1976 e, portanto, encontrava-se ultrapassada. Considerando o aumento substancial do consumo de drogas no país, bem como a força que o tráfico de entorpecentes ganhou no decorrer de três décadas, imperiosa era a atualização da lei de tóxicos.

Assim, em 11 de janeiro de 2002, a lei nº 10.409 pretendia, como projeto, substituir integralmente a lei nº 6.368/76. Ocorre que, após ser aprovada em seu todo no Congresso Nacional, o capítulo referente aos crimes e penas foi completamente vetado pelo Presidente da República, haja vista que, segundo a opinião quase unânime dos doutrinadores, o texto da lei era de péssima qualidade, apresentando, portanto, uma estrutura totalmente precária. De acordo com Gama (2009, p.16):

A revogada Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, pode ser tomada como a espécie normativa da perplexidade, uma vez que os questionamentos amontoaram-se em torno de inúmeros de seus dispositivos, Certamente, a contribuição para tamanho fracasso da Lei sob comento foi o veto presidencial que incidiu sobre parte considerável de seus preceitos determinantes. Toda inquietação avançou em

proporções maiores sobre os aplicadores do direito, já que a doutrina já alimentava muitas discussões, como qual deve ser o procedimento criminal a ser utilizado. Transpondo essas barreiras, o texto legal trazia equívocos primários, como tratar a notificação como citação, empregar a grafia errada de mandado (trazia mandato).

Diante do veto presidencial sobre um capítulo completo da nova lei de 2002, os aplicadores do direito não podiam revogar por completo a lei anterior, pois esta foi utilizada como base para assegurar a tipificação dos crimes relacionados ao uso e à comercialização de entorpecentes. Carvalho (2010, p.60) relata com precisão o fenômeno ocorrido:

O veto da matéria penal derivou, na prática forense, situação anômala e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidade diversas. Assim, no que tange ao processo penal, a Lei 10.409/02 obteve plena vigência, restando a estrutura material do direito penal (delitos e penas) atreladas à antiga Lei 6.368/76.

Com a péssima situação legislativa causada pela novel lei de drogas, tornou-se imperiosa a elaboração de uma nova lei de drogas, o que de fato ocorreu em 2006, com a promulgação da lei nº 11.343/2006, objeto de estudo do presente trabalho, com ênfase, é claro, ao enquadramento penal dado ao usuário de drogas, seja ele dependente químico ou não.

### 2.2.1.3 A lei 11.343/2006

O Projeto de lei nº 7.134/02, elaborado pelo Senado Federal e que recebeu como apenso o Projeto n. 6.108/02 do Poder Executivo teve um longo trajeto até a conversão final em lei: após reelaboração pelo Senador Romeu Tuma, recebeu substitutivo na Câmara, voltou ao Senado para receber novas emendas e, após ter alguns artigos vetados pelo Presidente da República, finalmente a lei nº 11.343/2006 pode ser publicada.

Regulamentada pelo Decreto nº 5.912/06, a divisão da lei nº 11.343/2006 foi feita da seguinte forma: organizou o SINAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) nos Títulos I (“Disposições preliminares”) e II (“Do sistema nacional e políticas públicas sobre drogas”), sendo que este último teve seu capítulo terceiro vetado; O Título III – “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” tratou das diretrizes e princípios que determinam as atividades de prevenção pelo uso indevido, bem como estão direcionadas para a reinserção de dependentes e usuários no meio social. O Capítulo III desse título refere-se justamente aos crimes e

condutas praticadas por quem consome drogas sem a devida autorização, sendo este o objeto de estudo do presente trabalho, como já demonstrado.

O tráfico ilícito de entorpecentes foi tratado no Título IV – “da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”, enquanto os Títulos V e VI cuidaram da cooperação internacional e das disposições finais e transitórias, respectivamente.

Da análise da divisão supra, é perceptível o afastamento da nova legislação antidrogas do antigo modelo retributivo que permeava a lei nº 6.368/76, tendo em vista a adoção do sistema restaurativo, que, segundo Freitas Júnior (2006, p.25) “analisa o crime não apenas como uma infração à norma jurídica, mas uma violação às pessoas e às relações sociais”.

Contudo, a lei nº 11.343/2006 não trouxe ao ordenamento jurídico pátrio as alterações esperadas pelos juristas, sendo alvo de inúmeras críticas da doutrina. Muitos afirmam que o caminho escolhido pelo legislador continuou a se basear no modelo norte-americano de Lei e Ordem, uma vez que as punições passaram a ser mais severas e os benefícios ficaram mais reduzidos. Carvalho (2010, p.29) é enfático em seu discurso:

Ao historiar o caminho percorrido pela legislação brasileira de drogas e tentar delinear o estatuto político-criminal da Lei 6.368/76, solo de emergência da Lei 11.343/06, pode-se visualizar que a tecnologia legal possibilitou o desencadeamento de política de repressão integrada (planos legislativo, executivo e judiciário) na otimização do projeto global de guerra às drogas.[...] A hipótese de trabalho que norteará a anamnese é a de que o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN).

O autor aponta para estas três fortes influências que justificam o formato dado a Nova Lei Antidrogas: o Movimento de Lei e Ordem (MLO), a Ideologia da Defesa Social (IDS) e a Ideologia da Segurança Nacional (ISN). Por mais paradoxal que possa parecer, na verdade, houve uma espécie de recrudescimento destas bases ideológicas que se encontra escondido por detrás do discurso preventivo. Afinal, embora tenha ocorrido o abrandamento das sanções penais aplicadas aos usuários, por outro lado, os sujeitos da ação tiveram sua pena mínima aumentada para 5 (cinco) anos, ficando insuscetível de substituição.

Outra crítica feita com frequência pelos doutrinadores diz respeito ao veto presidencial, que atingiu os artigos 6º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e 15. Em virtude disso, os artigos remanescentes que compõem o Título II perderam a sua razão de ser, ficando isolados e sem a possibilidade de serem aplicados conforme a intenção inicial do legislador. Importante salientar que a razão dos vetos foi:

[...] essencialmente pela previsão de obrigações aos entes federados com violação ao princípio federativo inserto no art. 1º, caput, da Constituição da República, com a conseqüente restrição da autonomia dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assegurada, por sua vez, no art. 18, caput, da Carta Magna (SOUZA, 2010, p. 27).

Gama (2009, p. 17) apresenta opinião semelhante:

Em linhas gerais, o legislador tinha um objetivo em mente, qual seja o de regulamentar toda a matéria pertinente ao uso e ao tráfico de drogas. Faltou aqui integração e harmonia entre os poderes legislativo e executivo, uma vez que o veto presidencial afastou toda e qualquer possibilidade de a presente Lei ser completa. Diante da completa falta de coerência, o melhor é formular um novo projeto de lei que atenda os limites de competência e regulamente (sic) a matéria computando toda a experiência da lei revogada de 2002 e a que está sob comento.

Além do veto presidencial, há dúvidas, ainda, no tocante ao disposto no art. 1º da lei nº 11.343/2006, pelo fato de seu parágrafo único dispor norma penal em branco, pois deixa ao encargo de outras leis, ou de listas atualizadas periodicamente, a tarefa de conceituar as substâncias tidas como “drogas”. *Ipsis litteris*:

Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.  
Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Justifica-se a escolha consciente do legislador por este caminho em razão da segurança jurídica que ela representa, porque serão substâncias entorpecentes aquelas remetidas às convenções internacionais e as que estão nas listas das autoridades administrativas, no caso do Brasil, a ANVISA, órgão vinculado ao Ministério da Saúde.

Entretanto, em decorrência desta opção feita pelo legislador, a droga nova que não estiver relacionada pelo Poder Executivo e pelo Ministério da Saúde e que for difundida no Brasil, não sofrerá repressão penal imediata em virtude desta sistemática. Ou seja, por um lado, tem-se a segurança jurídica, mas por outro, há o risco de nova droga se propagar rapidamente pelo país livre de qualquer vedação legal.

Não se pode olvidar, também, a relação da lei de drogas com outras leis brasileiras que incidem no julgamento do indivíduo acusado de tráfico de drogas. Fala-se, portanto, da lei de combate ao crime organizado, lei 9.034/95 e a lei dos crimes hediondos, lei nº 8.072/90, esta última sendo a responsável pela vedação de concessão anistia e graça àqueles que cometem o delito de tráfico de drogas.

Ainda, deve-se destacar que, quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, a doutrina

majoritária considera bem jurídico tutelado a saúde pública, haja vista a repercussão social e pessoal dos malefícios do consumo impróprio das drogas, a partir da deterioração que provoca no indivíduo e na coletividade. Contudo, há doutrinadores que divergem deste entendimento, afirmando que o bem jurídico tutelado é a liberdade do consumidor, visto que a droga o escraviza. Outros, ainda, entendem que o bem jurídico tutelado é o interesse do Fisco, já que se trata de um comércio totalmente imune a arrecadação tributária e há quem diga, também, que o bem jurídico tutelado é a moral, a integração social e a segurança coletiva.

Ao que tudo indica, a lei atual permanece com o mesmo entendimento do art. 281 do Código Penal, que considerava a saúde pública como o bem jurídico tutelado nos casos de tráfico de drogas.

Por fim, observa-se que os doutrinadores do assunto mostram-se, em sua maioria, insatisfeitos com a lei nº 11.343/2006, seja pela permanência do discurso repressivo disfarçado, pelos vetos presidenciais que aleijaram parte da lei, pelo endurecimento das penas direcionadas aos sujeitos da ação, pela falta de aplicabilidade dos títulos voltados para a prevenção e tratamento do usuário, ou pela oportunidade perdida de fazer alterações realmente louváveis. Conforme Gama (2009, p. 12):

É certo que tivemos alguns avanços, mas muitas matérias ficaram de fora ou receberam tratamento aquém do esperado, causando uma sensação de que estão ausentes alguns elementos essenciais à boa aceitação da regulamentação legislativa sobre matéria tão complexa.

Callegari; Wedy (2008, p. 20) comentam com veemência:

Perdeu-se uma grande oportunidade. Fez-se uma nova lei fadada ao fracasso. Esqueceu-se que a eficiência do direito penal, vez por outra, está é na sua não atuação, na preservação de sua credibilidade, na preservação de um necessário e transcendental “espaço livre do direito penal” (Strafrechtsfreiraum).

### 2.2.2 O Usuário na Nova Lei de Drogas

Considerando que o usuário e o dependente figuram como um problema de saúde para a família, para o Estado e para a sociedade como um todo, o sistema repressivo, por óbvio, não é o melhor mecanismo para cuidar desta figura, uma vez que os casos relacionados ao vício têm essência de prevenção e tratamento médico/psiquiátrico.

Logo, uma das mudanças elogiadas na Nova Lei Antidrogas diz respeito ao modo como a lei soube enquadrar o usuário e o dependente químico, aplicando a eles sanções penais

mais brandas e com perspectiva de apresentar resultados mais eficientes. Afinal, a pena privativa de liberdade cominada ao usuário pela lei nº 6.368/76, qual seja de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, não possuía a aplicação prática almejada, conforme explica Arruda (2007, p.19):

É que a privação de liberdade, na esmagadora maioria dos casos, paira como uma ameaça impossível de ser cumprida, prestando-se apenas a aferir quais benefícios processuais ou penais podem ser conferidos ao acusado e quais e quantas penas não privativas de liberdade lhe podem ser impostas em substituição.

E arremata com brilhantismo:

É, pois, quase risível que se comine pena de dois ou seis meses de detenção para um dado tipo penal, quando se sabe que nessas hipóteses o acusado poderá ser beneficiado por transação penal, suspensão condicional do processo, substituição de pena ou sursis e que quase em caso algum virá a sofrer a sanção diretamente cominada no dispositivo. Tal técnica – ou esta falta de técnica – traz prejuízos bastante claros: por um lado confunde o agente e o acusado que se sentem ameaçados por uma sanção que não lhes será imposta; no outro extremo, dá à sociedade expectativas que não correspondem à realidade. Em ambas as situações fica clara a incoerência do legislador que comina pena que não será cumprida e que nem deve mesmo ser cumprida, pois a privação de liberdade, modernamente, reserva-se aos ilícitos de maior gravidade e não se ajusta aos delitos que o legislador considera de menor ofensividade. Ora, se o sistema penal já expressa o entendimento de que crimes de pequena gravidade devem ser apenados com restrição de direitos, prestação de serviços e multas, melhor será que essas penas sejam diretamente cominadas no tipo penal, como foi feito na Lei 11.343 (ARRUDA, 2007, p. 19) (grifo nosso).

Desta forma, não há que se falar em *abolitio criminis* do consumo de drogas ilícitas, porque a conduta descrita está inserida em capítulo intitulado “Dos crimes e das Penas”, ou seja, é cristalina a intenção do legislador em considerar o uso como conduta socialmente reprovável e delituosa. Neste mesmo sentido, manifestou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não

implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (STF, RE 430.105-QO/RJ; Rel. Sepúlveda Pertence).

### 2.2.2.1 Abrandamento, despenalização e descriminalização

Em que pese o entendimento óbvio fornecido pela leitura da lei vigente, existe ainda divergência doutrinária no que diz respeito à nova roupagem dada ao usuário de drogas pela lei n. 11.343/2006, falando-se em descriminalização, despenalização e abrandamento da pena.

Gomes (2006 apud MARCÃO, 2010) assumiu posicionamento ímpar quanto a este tema, entendendo que a nova lei de tóxicos aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que a Lei de Introdução do Código Penal, em seu artigo 1º prevê como crime somente as infrações penais a que a lei comina pena de reclusão ou detenção. De igual modo, afirmou que não se tratava, tampouco, de contravenção, pois a sanção prevista para esta espécie é a prisão simples ou de multa. Para Gomes (2006 apud MARCÃO, 2010, p.49), o artigo 28 da Lei Antidrogas é “infração penal sui generis”, porquanto não prevista naquela Lei de Introdução.

No mesmo sentido posiciona-se Leal (apud CALLEGARI e WEDY, 2008, p.216), quando afirma que ocorreu uma “descriminalização branca”, já que o legislador teria inovado e criado uma norma que seria “infração penal inominada”.

Samuel Miranda Arruda discorda de tal posicionamento, alegando que o consumo de drogas continua a ser um ilícito penal e que o fundamento para a classificação criada por Gomes acha-se fora de contexto. Para aquele autor, a conduta descrita no Capítulo III da lei constitui uma infração penal de menor potencial ofensivo sujeita à normação geral da Lei 9.099/1995 e classificada como crime. E ainda, esta qualificação de ilícito penal é, inclusive, vantajosa, pois dá mais proteção ao acusado, pois seu processo estará revestido de todas as garantias constitucionais associadas aos feitos penais (ARRUDA, 2007).

Souza (2010, p. 47) entende que houve uma “despenalização moderada”, mantendo o caráter delituoso da conduta, mas evitando estigmatizar os infratores com a imposição do cárcere, que embora dificilmente não fosse substituída, ainda assim representava uma ameaça para o mero consumidor.

Para Greco Filho (2009) e Gama (2009), não há descriminalização nem tampouco

despenalização, mas apenas um abrandamento considerável das penas previstas para o usuário de drogas:

Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples, ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção seja dita por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que a lei mais recente não possa alterar. A observação é feita somente porque, logo que foi promulgada, houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data vênua, não tem consistência jurídica (GRECO FILHO, 2009, p. 128).

Os diferentes posicionamentos acima ilustrados, acerca da natureza jurídica da nova concepção legal sobre o delito cometido pelo usuário de drogas, demonstram o quanto o tema é polêmico e merecedor de atenção, tanto da doutrina quanto da jurisprudência. Entretanto, o julgador deve ter em mente as duas visões existentes relacionadas ao crime em comento: a visão do usuário e a visão social, para fins de assegurar o direito constitucional à segurança pública, bem como a garantia do infrator a um processo justo. A opção do legislador pela descarcerização, apesar de não satisfazer a todos, demonstrou equilíbrio, o que se mostra a atitude mais correta e ponderada, uma vez que a questão é tão polêmica.

#### 2.2.2.2 Aspectos gerais do artigo 28 da lei n. 11.343/2006

Ultrapassada a discussão acerca da inovação trazida pela Nova Lei Antidrogas no que se refere ao delito cometido pelo usuário, cumpre esmiuçar toda a letra do dispositivo em análise, que diz o seguinte:

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.

Da leitura do caput do artigo 28 apreende-se que o legislador determinou como núcleos do tipo as modalidades adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo. Freitas Júnior (2006, p. 32-33) elucida cada uma das condutas tipificadas:

**Adquirir** – A primeira conduta típica é adquirir droga ilícita. Adquirir significa obter, conseguir, alcançar. Pouco importa como a droga foi parar em poder do agente, podendo ser de forma gratuita ou onerosa, por compra, permuta, doação ou fato ilícito. A conduta será típica na modalidade aquisição, sempre que o agente for surpreendido com a droga, na qualidade de proprietário da mesma.

**Guardar** – Para fins do referido tipo penal, o termo guarda tem o significado de posse da droga, ou seja, sua manutenção sob os cuidados do agente, para posterior uso, sendo desnecessária a posse direta da substância.

A guarda induz a ideia de manutenção oculta da droga, pouco importando se a substância é de propriedade do agente ou se pertence a terceiros. Alguns autores, contudo, entendem que a expressão guardar indica a vigilância da droga em nome de terceiro, proprietário da substância. Para tal corrente, nessa forma, quem guarda substância entorpecente sempre o faz em nome de outrem. Neste caso, ainda que o agente não seja o proprietário da droga, se a estiver mantendo em depósito para seu posterior consumo pessoal, responderá pelo crime em tela. Desnecessário, ainda, que a droga estocada em local próximo ao agente.

**Ter em depósito** – A conduta se assemelha à guarda, mas sugere uma detenção provisória, de fácil alcance, que pode determinar o célere envio da droga para outro local. Tanto a guarda, como a manutenção em depósito, exprimem a mesma ideia, ou seja, a retenção da droga, pouco importando se o acusado é ou não o proprietário da mesma, desde que pretenda usá-la. Caso o agente esteja guardando a droga para que terceiro a use, responderá pelo delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

**Transportar** – Constitui a condução pessoal da droga, de um local a outro, sem a possibilidade de uso imediato, como, por exemplo, envolta em embalagens lacradas, ou no interior de objetos trancados. Diferencia-se da conduta de trazer consigo, pois esta exprime a ideia da possibilidade de pronto uso da droga pelo agente.

A jurisprudência – analisando situações ocorridas sob a égide das leis anteriores, revogadas – reconhece o transporte sem que o agente leve a droga em seu poder, como no caso em que se serve de terceiro de boa-fé para transportar o entorpecente, sem que o mesmo saiba o verdadeiro conteúdo daquilo que carrega.

**Trazer consigo** – É o transporte da droga em poder do agente, possibilitando o seu pronto uso, como por exemplo, em suas vestes, no interior da bolsa, no porta-luvas, sob o banco do veículo, ou em qualquer outro local de fácil acesso. Neste caso, a substância ilícita fica conservada junto ao agente, ou materialmente a ele ligado, não sendo necessário que esteja na mão ou nas vestes do agente, bastando estar ao seu alcance.

Saliente-se, porém, que tais verbos não são taxativos, ou seja, se o indivíduo for flagrado praticando conduta mencionada tão somente no artigo 33, como, por exemplo,

importar ou preparar, mas a finalidade daquela conduta é o consumo pessoal, obviamente que o julgador deverá inserir sua conduta no artigo 28, aplicando o que a doutrina chama de “analogia *in bonam partem*”.

Tal instituto, na verdade, já vinha sendo aplicado desde a lei n. 6.368/76, pois a jurisprudência já vinha entendendo que apesar da ausência de previsão normativa, o ponto principal que deve ser analisado na conduta do infrator é a finalidade, pois ela é determinante para o enquadramento legal adequado.

Assim, o texto do caput do artigo 28 da lei n. 11.343/06, não é exaustivo quanto à discriminação das condutas, merecendo atenção especial do aplicador da lei o termo “para consumo pessoal”, finalidade que pesa mais do que a enunciação normativa quando da interpretação do dispositivo.

É de se ressaltar, contudo, que a pretensão da lei não é punir o vício do usuário ou do dependente, mas sim a ação que irá alimentar esse vício, ou seja, os verbos que antecedem o consumo em si. “Assim, acaso esteja sob o efeito de droga, não há que se falar em crime” (GAMA, 2009, p. 46).

A tentativa, ainda que de difícil ocorrência, é admissível, ao menos na modalidade adquirir, pois geralmente a doutrina considera consumada a infração não com a tradição da droga, mas com o ajuste para a compra, o fechamento do negócio. Caso o julgador vislumbre a incidência da tentativa, o prazo de cumprimento da pena deverá considerar esta variante, já que a pena em si não comporta redução (ARRUDA, 2007).

As penas cominadas nos incisos I, II e III serão devidamente abordadas em capítulo próprio, destinado à execução das sanções penais atribuídas ao infrator. Importante mencionar, apenas, que o artigo 2º do Código Penal Brasileiro impõe a observância da retroatividade benéfica para os fatos consumados, incidindo a lei nova sobre as decisões já transitadas em julgado em sede de execução penal.

Por fim, os parágrafos que compõem o artigo 28 são complementares para a melhor interpretação do dispositivo, uma vez que inserem informações úteis para o operador do direito aplica a lei da forma mais adequada possível.

O §1º criou verdadeiro tipo penal novo, que completa o caput do artigo 28. Entretanto, a inserção de novas modalidades de delito em parágrafo separado justifica-se pelo fato de que elas tratam de uma espécie distinta das demais condutas: o plantio. Utilizando-se dos verbos semear, cultivar e colher, o legislador ampara o usuário que pratica tais condutas com a finalidade prevista no caput – o consumo pessoal – o que mais uma vez mostra a preponderância da finalidade sobre o enunciado da norma.

Os §§2º, 3º e 4º destinam-se a regulamentar diretrizes para o ideal enquadramento da conduta do usuário (§2º), para o prazo de cumprimento das sanções penais (§3º e §4º), para o local de cumprimento das penas (§5º) e para garantir o cumprimento das sanções impostas (§6º).

Merece ênfase o disposto no §2º do artigo 28, pois ele define os critérios que a lei indica como diferenciadores das condutas voltadas ao consumo daquelas voltadas para o tráfico. Para Arruda (2007), o citado parágrafo não constitui fórmula mágica ou critério decisivo para o enquadramento das condutas nos artigos que tipificam o consumo ou o tráfico, pois é à luz do caso concreto, e sopesando com sensibilidade cada um dos critérios, que se solucionam os casos nebulosos.

Há que se ressaltar também o disposto no §7º, que prevê que “o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. De acordo Greco Filho (2009, p.115), a lei apresenta soluções sem qualquer aplicabilidade prática, pois:

Pecam, todavia, por serem apenas hipotéticas, porque, como costuma acontecer no País, não vêm acompanhadas dos meios para serem implementadas. Falta, na Lei, e em outras, como a do crime organizado, a cláusula financeira, isto é, a alocação de recursos para custear as medidas.

O que se pode absorver do parágrafo em comento é que o juiz possui o dever de solicitar tratamento especializado ao Poder Público, ainda que a forma como esse tratamento irá se realizar seja incerta, haja vista a ausência de recursos capazes de tornar possíveis tais medidas.

### 2.2.2.3 A inconstitucionalidade do artigo 28 da lei n. 11.343/2006

Apesar dos elogios feitos ao artigo em comento, traz-se a opinião de Carvalho (2010), para quem o artigo 28 da Nova Lei Antidrogas é inconstitucional. O doutrinador não está sozinho, encontrando respaldo em determinadas decisões jurisprudenciais:

Ementa: 1. A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2. O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil (Apelação Criminal 993.07.126537/TJSP, 6ª

Câmara Criminal; Rel. Des. José Henrique Rodrigues Torres; j. 31-3-2008).

O que justifica a posição do autor e da jurisprudência quanto à referida inconstitucionalidade pode ser explicado pela opção brasileira por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito. Neste sentido, o sustentáculo da programação punitiva decorre do chamado “perigo abstrato” que ronda o artigo 28, bem como a escolha da saúde pública como bem jurídico tutelado, fazendo com que pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação, inclusive.

Ora, a identificação de bens jurídicos sob a marca do interesse público (no caso em tela, a saúde pública), faz com que seja esquecido o sujeito concreto para criarem-se mecanismos retóricos e abstratos de legitimação da punição aos usuários. Para Carvalho (2010, p. 268), trata-se de uma “violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal”.

Para explanar com maior precisão o seu pensamento, o autor recorre a Rosa e Zaffaroni (2005 apud CARVALHO, 2010, p. 268-269):

Lembra Alexandre Morais da Rosa que “no caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo art. 16 da Lei 6.368/76 é a ‘integridade física’ e não a ‘incolumidade pública’ (...)” A inversão ideológica do discurso de tutela, com a sobreposição do bem jurídico saúde pública à saúde individual dos consumidores, pressupõe modelo de direito penal de autor no qual todo usuário transforma-se em potencial traficante. Ensina Zaffaroni que “se argumenta que cualquier consumidor es un ‘traficante en potencia’, lo que resulta inexacto especialmente en los casos de drogas que no generan dependencia rígida y, en general, importa una presunción juris et de jure de ‘tipo de autor’, lo cual viola la legalidad y la igualdad ante la ley, entre otros derechos, sin contar con que no todo tenedor es consumidor y con que el consumo forma parte de derecho de disposición sobre La propia persona, que no puede ser afectado, pues se trata de bien jurídico del propio consumidor.”

Assim, na opinião do ilustre doutrinador, pensar o uso de drogas do ponto de vista dos envolvidos com a situação impõe perceber a conduta como autônoma e o dano como próprio, diferente do defendido pela legislação. Além disso, para ratificar a tese, o autor dispõe que:

Aliados aos argumentos decorrentes do principio da lesividade e da autonomia individual, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art.5º, X, CR) permitem a densificação da tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física ou psíquica. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Todavia é nos princípios de tutela da intimidade e da vida privada que os argumentos ganham maior relevância. [...] Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervir nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforcem concepções morais. [...] Assim, está garantida ao sujeito a possibilidade

de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima (CARVALHO, 2010, p. 269-270).

Logo, apreende-se que o fundamento utilizado pelo autor para explanar seu ponto de vista respalda-se em princípios constitucionais, merecendo destaque o seu posicionamento. É indiscutível que a Nova Lei de Drogas ainda possui forte influência do sistema proibicionista repressivo, mas o fato é que, havendo inconstitucionalidade ou não, o artigo 28 conseguiu abrandar a forma como o usuário de drogas é penalmente tratado, o que de certa forma colabora para o enfraquecimento do estigma de criminoso.

Considerando a falta de aplicabilidade da lei no pouco que ela já avançou, percebe-se que, na verdade, esta foi a melhor opção encontrada.

#### 2.2.2.4 Medidas de combate ao uso indevido

Segundo Greco Filho (2009), traçados os pontos necessários para o entendimento da toxicomania e a forma como o Estado, por intermédio do artigo 28 da lei n. 11.343/2006, versa sobre a conduta deste usuário, faz-se necessário apontar qual a sua atuação fora da esfera legislativa, ou seja, de que forma o Poder Executivo, como órgão responsável pelo cumprimento da lei, implementa medidas de combate a narcomania, principalmente no que diz respeito ao uso de drogas.

O combate a narcomania abrange não apenas o fator etiológico, mas sim todos os aspectos que se prestem a infiltração do mal que ensejou o uso. Desta forma, utilizando-se da classificação descrita por Greco Filho (2009), as medidas de combate podem ser divididas em: medidas preventivas; medidas terapêuticas e medidas repressivas.

Essas medidas são orientadas pela política criminal em matéria de drogas, que visam combater dois pólos interligados: a oferta e a procura, ou seja, o fornecedor (traficante) e o destinatário e viciado em potencial (usuário).

##### a) *Medidas preventivas*

As medidas preventivas são as que merecem maior investimento, dada a sua importância, uma vez que objetivam evitar a implantação do vício. A prevenção é destinada aos usuários em potencial, principalmente os jovens de até 21 anos, pois estes são os principais alvos do tráfico. É dividida em prevenção educacional, sendo esta o conjunto de providências destinadas a conscientizar a população sobre os malefícios da toxicomania; e há

também a prevenção social, cujo desafio se revela ainda maior, pois visa à eliminação das condições sociais que criem um ambiente favorável ao uso de drogas.

Por ocasião do seu caráter preventivo, a medida educacional deve ser ministrada com o maior rigor possível, a fim de que não seja passada a mensagem contrária daquela que se quer implantar nos destinatários da medida. O mais coerente, portanto, é encontrar um equilíbrio:

A posição correta, evidentemente, é a do meio-termo. As campanhas esclarecedoras são necessárias, mas devem ser estritamente controladas e dirigidas por órgãos especializados na metodologia educacional e no ramo específico do combate às drogas. A campanha desorientada e indiscriminada é pior que o silêncio ou a desinformação, só podendo ser produtiva a propaganda dirigida e bem dosada (18º Relatório do Comitê da OMS sobre dependência de drogas) (GRECO FILHO, 2009, p. 43).

Apesar de serem as que maior apresentariam resultados, as medidas preventivas sociais são as mais difíceis de serem implantadas, haja vista a precariedade que permeia a maior parte da sociedade e a continuidade desta condição ao longo de décadas.

As medidas preventivas também devem ser aplicadas ao fornecedor das substâncias entorpecentes, na forma de fiscalização assídua por parte dos órgãos do Poder Público, principalmente no tocante à importação e também quanto à prescrição de medicamentos.

#### b) *Medidas terapêuticas*

Por sua vez, as medidas terapêuticas são aquelas destinadas aos indivíduos que já tiveram contato com as drogas e acabaram tornando-se dependentes. Em virtude disso, as terapias são individualizadas, pois o modo de aplicação não depende só do fato da pessoa ser viciada, mas também do tipo de droga que gerou o vício, o tempo que o usuário está em contato com a droga e, mais importante, o fato que desencadeou o vício.

As medidas terapêuticas de caráter geral são aquelas direcionadas a todos, mas com o intuito de facilitar o caminho do toxicômano que busca tratamento, pois nesta espécie estão inseridas as clínicas de reabilitação e tratamento ambulatorial. De igual modo:

[...] a educação, a orientação psicológica, a diminuição da situação de miserabilidade e o apoio genérico aos que desejarem revelar-se para tratamento são fatores positivos para a recuperação de viciados ainda não revelados ou que apresentam a toxicomania em fase de instalação (GRECO, 2009, p. 49).

Não há que olvidar que a Justiça Terapêutica, conforme entendimento apresentado no item 2.1.3.3, aproxima-se mais da estratégia proibicionista repressiva do que da medida preventiva ora analisada, visto que seu caráter obrigatório e não distintivo das espécies de

usuário não são entendidos como benéficos ao dependente.

*c) Medidas repressivas*

As medidas repressivas variam de natureza dependendo do seu destinatário: são penais quando a sanção correspondente àquele delito é uma pena criminal; são administrativas quando objetivam reprimir o abuso ou o desvio de autorização na produção, distribuição ou manuseio de substâncias controladas, podendo culminar na cassação da referida autorização.

Os três tipos de medida apresentados devem ser conjugados para que possam alcançar resultados práticos satisfatórios, a fim de que possam verdadeiramente mudar a realidade brasileira do consumo de entorpecentes.

### **2.3 Do processo criminal contra o usuário**

Segundo Greco Filho, 2009, p.232 “uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais dos direitos do homem é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais”. “Do processo, porém, distingue-se o procedimento, que é a forma pela qual se sucedem os atos processuais. O processo é o conteúdo, enquanto o procedimento é o continente” (p. 234).

Diante do que foi exposto até o momento, é inegável que o consumo de substâncias entorpecentes é considerado crime pela Lei Antidrogas, passível de sanção penal branda, de caráter educacional e com o intuito de afastar o usuário de drogas do vício. Este tratamento jurídico diferenciado se justifica pelo fato do delito esculpido no artigo 28 da lei n. 11.343/2006 ser considerado crime de menor potencial ofensivo. Acerca desta definição, dispõe o artigo 61 da lei n. 9.099/1995:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Ora, conforme ensina Arruda (2007), o dispositivo supramencionado já abarcaria as condutas do artigo 28, visto que sequer chegam a ser apenados com privação de liberdade. Porém, considerando que a lei n. 11.343/2006 disciplinou procedimento detalhado aos delitos nela previstos, poderia surgir alguma dúvida quanto à aplicação da Lei dos Juizados Especiais a esses crimes.

Tal dúvida, porém, é dirimida após leitura do artigo 48, §1º da lei n. 11.343/2006, que prevê expressamente que:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§1º. - O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos [arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Como já afirmado anteriormente, o presente trabalho tem como foco principal a sanção penal aplicada ao usuário de drogas. Antes, porém, de iniciar o estudo da execução penal do toxicômano, faz-se imperiosa a análise do procedimento judicial sob o qual ele é submetido quando é surpreendido pelo Estado, por intermédio da Polícia Judiciária, agindo dentro da conduta prevista no artigo 28, caput ou parágrafo primeiro da Lei Antidrogas.

Para efeitos didáticos, considerar-se-á apenas a hipótese de violação isolada do artigo 28, caput/parágrafo primeiro, haja vista ser este o principal ponto abordado no trabalho.

### 2.3.1 O Flagrante e o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO)

O artigo 69 da Lei n. 9.099/1995 determina que “autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”.

A título de exemplo, suponha-se que determinado usuário de drogas seja surpreendido, por agentes da polícia, portando determinada quantidade de substância ilícita destinada ao consumo pessoal. Diante deste flagrante, é importante atentar para o fato de que a Nova Lei de Drogas proíbe expressamente a prisão em flagrante do usuário em seu artigo 48, §2º da lei n. 11.343/2006:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

[...]

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

Isto ocorre porque não é logicamente cabível privar a liberdade de uma pessoa por um crime cuja sanção cominada restringe-se ao cumprimento de penas não privativas de liberdade. Citando o ensinamento de Gomes (2006 apud MARCÃO, 2010, p. 317-318):

O que significa ‘não se imporá prisão em flagrante’? Isso significa duas coisas: (a) que não haverá lavratura do auto de prisão em flagrante; (b) que não haverá recolhimento do sujeito ao cárcere.

A correta compreensão do dispositivo exige recordar que a prisão em flagrante conta com quatro momentos distintos: (a) captura do agente (no momento da infração ou logo após a sua realização); (b) sua condução coercitiva até à presença da autoridade policial (ou judicial); (c) lavratura do auto de prisão em flagrante e (d) recolhimento ao cárcere.

A locução ‘não se imporá prisão em flagrante’ não alcança os dois primeiros momentos acima referidos, ou seja, mesmo em se tratando da infração *sui generis* do art. 28, ainda assim, uma vez surpreendido o agente em posse de droga para consumo pessoal (ou em posse de planta tóxica), sua captura será concretizada normalmente. É sempre preciso cessar o ilícito (a situação de ilicitude que retrata uma ofensa ou perigo para o bem jurídico). O agente é capturado e conduzido coercitivamente até a presença da autoridade judicial (ou, na falta, à autoridade policial).

Os dois primeiros momentos do flagrante acontecem (captura e condução coercitiva). Já os dois últimos (lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento ao cárcere) acham-se eliminados, no caso do art. 28 (assim como das demais hipóteses de menor potencial ofensivo, contidas na lei nova).

Assim, o procedimento adequado seria levar o usuário à autoridade judicial competente, nos termos apontados acima, ou seja, sem lavratura do auto de prisão em flagrante e sem recolhimento ao cárcere, obviamente. Contudo, vale ressaltar que a apresentação imediata do agente no juizado especial é considerada uma utopia. Logo, na falta do juiz, a autoridade policial tem a obrigação de cumprir o disposto no artigo 69 (ARRUDA, 2007). Por sua vez, o infrator deverá assumir o compromisso de comparecer em juízo, podendo ser conduzido forçadamente em caso de resistência.

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito a não imprescindibilidade do Laudo pericial definitivo para que o termo circunstanciado seja instruído, em observância aos princípios que regem os Juizados Especiais, principalmente a celeridade. Para eventual apresentação de denúncia, é suficiente o laudo de constatação da quantidade da droga, sendo o laudo definitivo estritamente necessário apenas no momento em que o juiz irá optar por receber ou rejeitar a denúncia (SOUZA, 2010).

O parágrafo quarto do artigo 48 da Lei Antidrogas prevê a possibilidade de realização de exame de corpo de delito no infrator, com o intuito de evitar acusações de violência supostamente causadas pelas autoridades policiais, refletindo-se em uma constatação escrita da integridade física do indivíduo antes e depois de liberado (GRECO FILHO, 2010).

Por fim, como as condutas do artigo 28 ainda são criminalizadas, permanecem autorizadas a busca e apreensão domiciliar, respeitadas as regras do art. 244 do Código de Processo Penal nos casos de busca pessoal, sendo possível, também, a busca e apreensão sem

mandado judicial, nos termos do artigo 303 do mesmo diploma.

Após o cumprimento dos atos necessários à instrução do termo circunstanciado, este será encaminhado ao Juizado Especial Criminal competente, para o prosseguimento do processo.

### 2.3.2 O Processo no Juizado Especial Criminal

Conforme afirma Oliveira (2010), a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituiu os Juizados Especiais Criminais, com competência para conciliar, julgar e executar as infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos do seu artigo 60. Mais que uma alternativa para as questões penais, ela inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então convivía apenas com o sistema penal condenatório.

No caso da infração constante no artigo 28 da Lei de drogas, após a autoridade policial lavrar o termo circunstanciado de ocorrência e requisitar os exames periciais necessários, os autos serão encaminhados para o Juizado Especial Criminal, a fim de que seja realizada audiência preliminar (artigo 70 da lei n. 9.099/95), caso não se trate de arquivamento (MARCÃO, 2010).

Diante do fato de que o bem jurídico tutelado no delito em comento é a saúde pública, ou seja, como não há vítimas, basta o comparecimento do autor do ilícito penal para que seja realizada a audiência preliminar, com a devida presença do Órgão Ministerial e nos termos do artigo 72 da lei n. 9.099/95.

#### 2.3.2.1 A transação penal com o Ministério Público

Segundo Freitas Júnior (2006), após designação de audiência preliminar, o Ministério Público, se achar cabível, poderá propor qualquer das penas cominadas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, desde que preenchidos os requisitos para tanto, quais sejam: o agente não pode ter condenação anterior pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; não pode ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, com a transação penal; os antecedentes, a conduta e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, devem indicar que a adoção da medida é necessária e suficiente para os fins da pena.

De acordo com Marcão (2010), é preciso que o Ministério Público individualize a proposta a ser oferecida ao infrator, ou seja, a transação penal deve se adequar ao ato praticado e à pessoa que irá executá-la, caso aceite. Para o autor, deve haver proporcionalidade na proposta, que deve avaliar se o agente é mero experimentador, usuário ou dependente; se é primário ou reincidente etc.

Caso o agente aceite a proposta e, neste caso, é necessária a presença e a participação de advogado, que deverá esclarecê-lo sobre os efeitos daquele ato jurídico, o juiz aplicará uma das sanções do artigo 28 da Lei Antidrogas: admoestação verbal; prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (OLIVEIRA, 2010)

Saliente-se que o juiz pode entender que a proposta de transação penal oferecida pelo *parquet* pode ser inadequada ao caso concreto, seja pela insuficiência ou pelo excesso. É o caso de aplicar, por analogia, o artigo 28 do Código de Processo Penal:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Destaca-se que a jurisprudência tem considerado nula a audiência preliminar que não contar com a figura do juiz, ou seja, não cabe delegação de jurisdição nas audiências em que for possível a conciliação ou mediação, sendo imperiosa a presença do juiz. Nesse sentido:

O procedimento especial do Juizado Especial Criminal é expresso que a audiência preliminar será presidida por juiz, proibindo, assim, a delegação de jurisdição (art. 71 da Lei n. 9.099/95). A figura do Conciliador perante o Juizado Especial Criminal não foi definida por lei local. Incabível a mediação feita por assessor do juiz da comarca (TJRS, Rec.Crim.71001264258, TRCrim., rela. Desa. Nara Leonor Castro Garcia, DJRS de 19-4-2007, Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 17, p. 155).

Registre-se, ainda, a opinião de Carvalho (2010, p.287) a respeito da transação penal nas hipóteses do artigo 28 da Lei Antidrogas, apontando para possível inconstitucionalidade do artigo 48, §5º:

A questão é que no procedimento pré-processual estabelecido pela Lei 9.099/95 e incorporado pela Lei 11.343/06, inexistente contraditório e ampla defesa, notadamente pelo fato de não ser o momento (cognitivo) adequado para discussão do mérito da causa penal – materialidade e autoria; elementos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade); condições de punibilidade. Neste caso, em sendo admitida a homologação judicial da transação penal que determine ao imputado submissão a condições cuja natureza sejam análogas às penas ou às medidas cominadas em lei, restarão violados os princípios de tutela dos direitos fundamentais previstos na

Constituição, constituindo-se o ato em aplicação de sanção penal (pena ou medida) sem processo.

[...]

E não se trata, como defende importante corrente doutrinária, de verificar na decisão que homologa a transação espécie atípica de sentença penal condenatória, ou seja, decisão de tipo sumário cuja emergência ocorre em seu devido processo legal. Justificar a aplicação de sanção penal fora do procedimento previsto constitucionalmente, por maior que seja o esforço retórico em inverter ideologicamente o sentido dos direitos fundamentais, implica no abandono do mínimo de respeito necessário às garantias para que se possa auferir legitimidade ao processo penal e à pena.

De fato, o autor apresenta argumento bastante válido. Afinal, ao aceitar a proposta de transação penal com o intuito de abreviar o procedimento, pode-se dizer que todas as provas que seriam produzidas e analisadas pelo Judiciário, favoráveis ou não ao réu, serão inúteis, uma vez que se o acordo for realizado, o termo circunstanciado é arquivado e sequer a denúncia é oferecida.

É claro que há benefício para o infrator, pois segundo prevê o parágrafo quarto do artigo 76, aquela medida não importará em reincidência. Entretanto, esta opção do legislador em privilegiar a celeridade processual em detrimento do devido processo legal é deveras imprópria.

### 2.3.2.2 O procedimento sumaríssimo

Obviamente, o infrator não está obrigado a aceitar a proposta do Ministério Público, tanto da transação penal, quanto da suspensão condicional do processo. Segundo Freitas Júnior (2006), caso o mesmo se recuse a aceitá-la, ou não comparecer a audiência preliminar, ou não preencher os requisitos legais para a proposta, a lei n. 9.099/95 prevê a instrução do processo pelo procedimento sumaríssimo, do artigo 77 e seguintes:

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

Na própria audiência preliminar a denúncia será oferecida oramente, fundamentando-se o promotor nas informações do Termo de Ocorrência. Caso entenda que o caso é demasiadamente complexo, não sendo, portanto, compatível com a celeridade do Juizado Especial, ele deverá solicitar o encaminhamento dos autos a juízo comum, transformando-o em processo regido pelo rito sumário (OLIVEIRA, 2010).

O artigo 78 prescreve que após o oferecimento da denúncia, entregar-se-á cópia da

mesma ao acusado, que desde já ficará citado para audiência de instrução e julgamento, tal como o Ministério Público. Na ausência do agente, o juiz determinará a sua citação nos termos da lei (art. 78, §1º). No dia da audiência de instrução e julgamento, o acusado trará consigo suas testemunhas (máximo de cinco, tal qual procedimento sumário).

Aberta a audiência, o defensor irá apresentar defesa oral para só então o juiz decidir se receberá ou não a denúncia conforme dispõe o art. 81 da lei n. 9.099/95. Se recebida, dar-se-á início à instrução do processo, com a prolação da sentença na própria audiência.

Em caso de sentença condenatória, o acusado receberá uma das penas previstas no artigo 28 da Lei Antidrogas, cuja execução será tratada em capítulo próprio. Desejando recorrer à instância superior, o acusado poderá interpor apelação dentro do prazo de dez dias, nos termos do artigo 82, §1º.

O Ministério Público, por sua vez, poderá também recorrer por intermédio de apelação, caso a decisão do juiz rejeitar a denúncia por ele oferecida.

#### **2.4 Das sanções penais aplicadas ao usuário**

Finalizada a fase do Juizado Especial Criminal, seja por acordo ou pelo procedimento sumaríssimo, inicia-se a fase de execução, prevista no artigo 86 da lei n. 9.099/95, que dispõe:

Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Conforme os incisos I, II e III do artigo 28, as sanções que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente ao infrator deste tipo penal, são: a advertência sobre os efeitos das drogas; a prestação de serviços à comunidade; a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Como já citado anteriormente, na visão de Souza (2010), ocorreu uma despenalização moderada, na medida em que o legislador manteve o caráter ilícito da conduta voltada para o consumo, mas evitou estigmatizar seus infratores, optando pela descarcerização. Desta forma, o autor identifica na escolha do legislador uma espécie de abandono do modelo de repressão norte-americano e uma consequente aproximação do modelo europeu.

Apesar de todas as críticas que rondam o artigo 28, sejam positivas ou negativas,

cabe analisar como ocorre a execução de cada uma das sanções previstas pelo legislador, com a finalidade de entender como ocorre a sua aplicação e verificar se esta é eficiente, uma vez que se trata de inovação no ordenamento jurídico.

#### 2.4.1 As Três Espécies de Sanções Penais Estabelecidas no Art. 28

Primeiramente, registre-se que, com exceção da prestação de serviços à comunidade, instituída pela Lei n. 9.714/98 (que alterou o Código Penal e regulamentou as penas restritivas de direito), as duas outras sanções previstas pela Lei Antidrogas são consideradas inovações jurídicas no campo Penal, havendo dúvida quanto à classificação que pode ser dada a elas.

Carvalho (2010) entende que a classificação da modalidade advertência (inciso I) resta aberta, aproximando-se de forma atípica das penas restritivas de direitos. Por sua vez, a medida educativa prevista no inciso III é, na opinião do referido autor, uma espécie híbrida formada pela junção da medida de segurança à medida socioeducativa e, diferentes destas, aplicada ao imputável.

Feitas tais considerações, cabe relevar que a aplicação de tais medidas não segue uma regra uniforme, justificando-se tal ocorrência por dois motivos: primeiramente porque o inciso III do artigo 28 não especifica de que forma será o curso ou programa educativo, o que deixa a sua execução aberta para que o Judiciário aplique de maneira igual em todo o território brasileiro; em segundo lugar, apesar da Lei Antidrogas vir bem intencionada, prevendo a aplicação de medidas preventivas, tratamento para dependentes e etc., no campo da aplicabilidade tais previsões são utópicas, pois é visível que o Poder Público não dispõe de estrutura adequada para tornar possível a intenção do legislador.

Logo, tendo em vista a ausência de regras norteadoras de execução das sanções penais do artigo 28, utilizar-se-á o modelo aplicado na cidade de Manaus, no qual a advertência é aplicada pelo mesmo juiz que efetua o acordo ou a instrução do processo (em anexo, cópias de acordo realizado junto ao 19º JEC, em Manaus), enquanto a prestação de serviços à comunidade e a participação em programa ou curso educativo é realizada junto à Vara de Penas Alternativas daquela Comarca, como se verá a seguir.

##### 2.4.1.1 A advertência sobre os efeitos das drogas (artigo 28, inciso I)

Para Samuel Arruda (2007, p. 25), esta sanção é uma grande novidade no sistema penal brasileiro. O autor ressalta que, apesar desta espécie de sanção causar estranheza no âmbito penal, é importante lembrar que ela é largamente utilizada no âmbito do direito disciplinar dos servidores públicos após a devida instauração de processo administrativo. Trata-se, portanto, de “sanção tradicional do ordenamento administrativo disciplinar que agora é transportada para o âmbito penal”.

Diante da falta de regulamentação sobre esta medida, Roberto MF Junior (p. 36) entende que a advertência prevista no inciso I consiste em espécie de admoestação verbal, a ser proferida pelo juiz em audiência especialmente designada para tanto ou durante a audiência preliminar, após a efetivação da transação penal. Segundo o doutrinador:

Para que a medida tenha efeito prático, e possa haver real possibilidade de readaptação social do agente, imprescindível que o magistrado possua amplo conhecimento sobre a questão, incluindo os efeitos físicos e psíquicos que cada droga causa no organismo do ser humano, bem como as conseqüências de cunho social que podem atingir o usuário. Caso contrário, a medida será recebida com descrédito pelo próprio agente, e se tornará mera repetição de frases vazias, ou seja, um simples procedimento judicial, desprovido de qualquer conteúdo o finalidade prática (RMFJ, p. 37-38).

Para Gama (2009, p. 46), os efeitos das drogas são tantos que, para que este tipo de punição seja efetiva, “o melhor é que um profissional da saúde faça uma exposição ao condenado com ou sem a presença do juiz”.

Outrossim, Marcão (2010) entende que as audiências e advertências devem ser formalizadas (ou seja, documentadas), não havendo necessidade, contudo, de que conste no termo de advertência ou de admoestação a integralidade dos argumentos expendidos pelo magistrado na realização do ato. Aliás, para o autor, a repreensão oral deve ser feita pelo próprio juiz, não cabendo esta tarefa a nenhum outro membro do poder Judiciário.

Greco Filho (2009) duvida do poder coercitivo desta sanção, mas entende que a advertência deverá ser feita pelo juiz em audiência designada, devendo ser reduzida a termo e poderá contar com a presença de profissionais especializados que possam auxiliá-los acerca dos esclarecimentos “tais como médicos, psicólogos, assistentes sociais etc.” (p.141).

Conforme se depreende, a simplicidade da medida acima, além de suscitar dúvida quanto a sua efetividade, faz alguns autores entenderem que o legislador procedeu a uma espécie de “banalização do Direito Penal”, considerando a pena de advertência ora em comento, uma sanção pífia.

#### 2.4.1.2 A prestação de serviços à comunidade (artigo 28, inciso II)

As penas restritivas de direito foram inseridas no Código Penal por intermédio da lei n. 9.714/98 e, de acordo com Bitencourt (p. 154), elas possuem caráter retributivo, ao contrário do que se pode imaginar, pois:

O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimento, angústia e aflição. Ao mesmo tempo, o condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil por perceber que está emprestando uma parcela de contribuição, e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado.

Para o autor supracitado, as características do trabalho comunitário são: gratuidade, aceitação pelo condenado e autêntica utilidade social. Com estes princípios e finalidades, apreende-se que a prestação de serviços à comunidade encaixa-se com perfeição à pretensão da Lei Antidrogas de aplicar sanção penal eficaz ao usuário sem que seja necessário invocar a pena privativa de liberdade.

Segundo Greco Filho (2009), a referida pena deverá ser cumprida nos estabelecimentos que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, conforme dispõe o §5º do artigo 28.

Para Arruda (2007), a prestação de serviços passa a ser a mais severa das sanções que podem ser impostas aos infratores do artigo 28 da Lei de Tóxicos, devendo ser observado o prazo máximo de 5 (cinco) meses do §3º ou, no caso de reincidência, o máximo de 10 (dez) meses previsto no §4º.

O local de cumprimento do serviço comunitário a ser prestado, para Gama (2009), se dá em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos. Considerando que o prestador de serviço em questão é usuário, o mais adequado, em havendo, será designá-lo para hospital ou estabelecimento voltado para o tratamento de dependentes químicos.

#### 2.4.1.3 A medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo – artigo 28, inciso III

Para Arruda (2007, p.26), esta sanção é bastante adequada à natureza do delito praticado, com o objetivo de dissuadir o indivíduo, facilitando a sua reinserção social. Embora o legislador não tenha sido expresso quanto a isto, na interpretação do doutrinador, o curso ou programa deve ser “preferencialmente voltado à prevenção contra o uso de drogas e

ao esclarecimento das consequências da narcodependência”.

Greco Filho (2009, p. 142) afirma tratar-se de pena inédita no sistema penal brasileiro, ressaltando o prazo de duração da medida previsto no §3º e a necessidade de comparecimento compulsório do apenado para fins de eficácia da pena.

Nesse mesmo sentido, Marcão salienta (2010, p. 62) que durante o tempo da pena fixada na transação ou na condenação, o juiz pode fixar a obrigatoriedade do cumpridor da medida comparecer a mais de um curso ou programa, “sempre como decorrência da necessária individualização do caso concreto, com indispensável proporcionalidade”.

Neste ponto, percebe-se que a doutrina não tece maiores comentários acerca do inciso III do artigo 28, pois, como já mencionado, não se observa especificidade quanto à forma que o curso ou programa deverá ter, uma vez que caberia, neste caso, a existência concreta de uma parceria do Poder Judiciário com o Poder Executivo, a fim de que fossem criadas políticas públicas voltadas ao fiel cumprimento da Lei Antidrogas.

#### 2.4.2 A Intervenção de Outras Ciências – O Fenômeno da Interdisciplinaridade

Tendo em vista as inovações trazidas pela lei n. 11.343/2006 no tocante às sanções penais destinadas aos sujeitos do consumo, verifica-se a necessidade do Direito se harmonizar com outros ramos das ciências humanas sociais, com o intuito de aparelhar o Poder Judiciário com profissionais capacitados a reintegrar o usuário ou dependente à comunidade, da forma mais salutar possível.

Para Gorgulho (2009), a Psicologia traz uma contribuição diferenciada da Psiquiatria e da medicina em geral: ela amplia o olhar e o conhecimento sobre o usuário, individualizando o olhar através do comportamento. Primeiro porque busca distinguir o uso, o abuso e a dependência; e também, cuida e respeita o usuário de drogas, preocupando-se com a sua identidade.

Segundo a psicóloga, a Psicologia, porém, não atua sozinha. É fundamental, para a leitura de casos, a interação da Psicologia com a Filosofia, a Antropologia, a Sociologia, a Economia e as ciências jurídicas. Afinal, todas as ciências humanas aplicadas conjuntamente poderão dar ao psicólogo uma avaliação completa daquele indivíduo, da sociedade a qual pertence, do porquê da sua escolha e qual o caminho adequado para sanar seu problema. (GORGULHO, 2009)

Da leitura dos artigos 18 a 26 da Lei Antidrogas, verifica-se a existência de diretrizes

voltadas à prevenção do uso, bem como à reinserção social do dependente. É neste ponto que entra a atuação de psicólogos, médicos, antropólogos, sociólogos, todos com o intuito de prover meios viáveis à recuperação do dependente químico, ou à redução do uso por parte dos usuários esporádicos.

Neste contexto, apreende-se que, seja por meio de Políticas Públicas do Poder Executivo ou por projetos firmados entre o Poder Judiciário e associações privadas ou órgãos públicos, têm-se que qualquer atividade voltada para a prevenção e reintegração do usuário ou dependente na sociedade necessita da participação integrada das ciências humanas, quais sejam, a psicologia, a sociologia, a economia, enfim, a interdisciplinaridade constitui peça fundamental para um melhor desenvolvimento das ações voltadas a recuperação dos sujeitos do consumo.

É com este pensamento que a Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas da Comarca de Manaus – VEMEPA busca impor aos usuários uma sanção educativa eficiente e capaz de contribuir para a sua reinserção social salutar, como se verá a seguir.

Na Cidade de Manaus, a aplicação sanções previstas no artigo 28, I, II e III da Lei Antidrogas é dividida da seguinte forma: a advertência é efetuada no Juizado Especial Criminal pelo juízo que firmou o acordo com o Ministério Público, ou seja, na ocasião da audiência preliminar (anexos).

Já a prestação de serviços é fiscalizada pela VEMEPA, vara de execução penal especializada, criada para realizar o acompanhamento das penas restritivas de direito, tais como a prestação de serviços já mencionada, a limitação de fim de semana, a pena pecuniária e, de igual modo, os acordos interruptivos do processo, tais como a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Por fim, o comparecimento a programa ou curso educativo, por ser tipo penal aberto, não possui especificação legal quanto a sua forma de cumprimento. Porém, a vara Estadual em comento possui estrutura para desenvolver projetos próprios em parceria com outras entidades, entre eles, o cumprimento do inciso III do art. 28.

#### 2.4.3 O Modelo de atendimento, monitoramento e execução desenvolvido na Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas da Comarca de Manaus – VEMEPA

Como já relatado anteriormente, não existe uma aplicação uniforme das sanções previstas no artigo 28 da lei n. 11.343/2006, principalmente no que se refere à aplicação do

inciso III do citado artigo, uma vez que consiste em verdadeira inovação legislativa.

A VEMEPA, foi criada pela Resolução n. 009/2006 do TJAM, teve sua competência estabelecida pela Lei Complementar Estadual 50/2006, e sua finalidade é monitorar e fiscalizar as execuções das penas restritivas de direito, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena e livramento condicional. De acordo com informação inserida no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:

A resposta estatal à prática do crime deve guardar a proporção necessária ao abalo gerado na ordem jurídica e social, motivo pelo qual se faz necessária a aplicação de medidas alternativas à prisão para os que praticam delitos de baixa lesividade, principalmente, se considerarmos os nocivos efeitos pela vida no cárcere.

Inspirando-se neste ideal, criou-se a Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas (VEMEPA) através da edição da Resolução n. 009/2006, que instituiu a Vara, bem como da Lei Complementar nº 50, de 25/10/2006, que estabeleceu a sua competência de fiscalizar e acompanhar o cumprimento das alternativas penais.

Cabe à VEMEPA acompanhar e fiscalizar, com o apoio de uma equipe psicossocial, o cumprimento das transações penais, das penas restritivas de direitos e das condições da suspensão condicional do processo, da suspensão condicional da pena (sursis) e do livramento condicional.

As alternativas penais, como a própria nomenclatura induz, são os outros meios de respostas do Estado que consistem no emprego de medidas distintas do cárcere para os autores de crimes de pequena e média gravidade, valorizando assim, a sua (res)socialização com respeito à dignidade humana.

Assim, as ações realizadas pela VEMEPA têm caráter preventivo, educativo e ressocializador, uma vez que buscam meios adequados para o retorno do beneficiário de substitutivos penais ao convívio social, sem contudo, esquecer do caráter retributivo e intimidativo da sanção penal. (Juíza Titular da VEMEPA, Dra. Telma de Verçosa Roessing)

Considerando esse caráter preventivo, educativo e ressocializador, a composição da vara especializada não é formada unicamente por servidores da área jurídica. O grande diferencial da VEMEPA repousa no corpo de servidores das áreas da psicologia e do serviço social, responsáveis pela realização de uma prestação jurisdicional mais individualizada e humana.

Ao chegar à VEMEPA, o beneficiário da medida ou pena alternativa é submetido à avaliação psicossocial, “na qual a equipe busca compreender o fato social, identificando o perfil individual, a dinâmica familiar e o contexto social daquele sujeito implicado com o delito” (VEMEPA – Justiça e inclusão social [folder] – Anexo III).

O resultado desta avaliação é apresentado à juíza, que também é formada em Psicologia, no momento da audiência preliminar, servindo apenas de subsídio para uma melhor condução da audiência, ou seja, o parecer psicossocial não irá integrar os autos, uma vez que estes são públicos e a entrevista é feita sob o sigilo profissional (Anexo I).

Saliente-se, ainda, que como o trabalho da VEMEPA é fiscalizar o cumprimento das medidas e penas alternativas, ela também é responsável por intermediar a relação entre

cumpridor e entidade beneficente, visto que a parceria é feita entre a vara e a instituição filantrópica. Atualmente, a VEMEPA conta com mais 200 (duzentas) instituições conveniadas (Anexo III).

Quanto à prestação de serviços à comunidade executada pela VEMEPA, observa-se o fiel cumprimento aos dispositivos legais que regem esta espécie de pena restritiva de direitos.

A VEMEPA apresenta extensa lista de entidades parceiras que, por meio de convênios realizados pela Vara e os responsáveis pelas entidades beneficentes, resultam em uma espécie de troca: o juízo da execução encaminha para determinada entidade a pessoa que deverá cumprir a prestação de serviços, de modo a contribuir com a manutenção do local.

Saliente-se que o referido encaminhamento é precedido por entrevista realizada junto ao setor psicossocial da Vara, seguido de audiência com a Juíza destinada a estabelecer os termos do acordo e fixar o tempo de cumprimento da medida. Logo, ao chegar à entidade beneficente, o cumpridor da transação penal ou apenado, agora prestador de serviço, já terá ciência do tipo de trabalho que irá exercer naquele local, o tempo de duração, e a frequência semanal ou mensal com que irá se apresentar ao trabalho comunitário.

A frequência do beneficiário da medida é encaminhada mensalmente para a VEMEPA e anexada aos autos de execução do cumpridor. Em caso de descumprimento injustificado da prestação de serviço, a frequência será enviada do mesmo modo, registrando-se a falta dele. Ao identificar que determinado beneficiário possui faltas injustificadas em excesso e que o contato telefônico estabelecido pelo setor psicossocial para tentar resgatar o cumpridor restou infrutífero, proceder-se-á, após a devida intimação do cumpridor, à audiência de advertência, na qual a juíza poderá optar por modificar as condições do cumprimento da pena, aumentando seu prazo, modificando o local de cumprimento, enfim, ajustando a prestação de serviços às condições de locomoção e horário do beneficiário, sem perder de vista o caráter do trabalho a ser efetuado pelo mesmo e da imperiosidade de seu cumprimento.

Ao fim do prazo estabelecido no acordo e, constatando-se o cumprimento integral da prestação de serviço, o juízo de execução extingue a sanção imposta, nos termos da lei.

#### 2.4.3.1 O programa ou curso educativo

Sob o título de “Grupoterapia”, o folder informativo “VEMEPA – Justiça e inclusão

social” descreve, em linhas gerais, a forma de cumprimento da sanção penal prevista no inciso III do artigo 28 da Lei Antidrogas:

Tendo em vista a grande demanda de beneficiários e considerando a Nova Lei sobre Drogas n. 11.343/06, que prevê como medida educativa o comparecimento dos usuários de drogas a programa ou curso educativo, a VEMEPA, em parceria com o Conselho Estadual de Entorpecentes – CONEN, mobilizou-se no sentido de disponibilizar a sala de apoio desta Vara para realização de trabalho de terapia comunitária.

Outrossim, o Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas (CONEN) é órgão vinculado à Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos (SEJUS), e tem as seguintes natureza e finalidade:

1. Formular a política estadual sobre drogas em obediência às diretrizes da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), compatibilizando os planos estaduais e municipais com os nacionais, bem como fiscalizar a respectiva execução;
2. Estimular atividades visando à recuperação de usuários e dependentes de drogas;
3. Integrar órgãos estaduais e municipais que exerçam atividades concorrentes ao Sistema Estadual de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes;
4. Estimular a criação de Conselhos Municipais de Políticas sobre Drogas (COMAD's) no Estado do Amazonas.

Com o apoio do Estado, a VEMEPA realiza, duas vezes por mês, encontros da terapia comunitária para os cumpridores de transação penal ou pena que receberam como sanção a obrigatoriedade de frequentar programa ou curso educativo. Questiona-se, porém, como é realizada esta terapia e porque ela foi escolhida pelos órgãos como a mais adequada aos cumpridores da sanção em comento. Para responder tais questionamentos, impõe-se, primeiramente, entender o que é a terapia comunitária e quais os benefícios que ela traz para o usuário de drogas que dela participa.

a) A terapia comunitária aplicada aos usuários de drogas na VEMEPA

A terapia comunitária nasceu no Departamento de Saúde Comunitário da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Ceará, e foi desenvolvida pelo professor Dr. Adalberto Barreto da UFC. Atualmente, existem cerca de 7.000 (sete mil) terapeutas comunitários atuando em 23 estados brasileiros (Terapia Comunitária [folder]).

Segundo definição de Barreto (2005, p. 35-36):

A terapia comunitária é um espaço comunitário onde se procura partilhar experiências de vida e sabedorias de forma horizontal e circular. Cada um torna-se terapeuta de si mesmo, a partir da escuta das histórias de vida que ali são relatadas. Todos se tornam co-responsáveis na busca de soluções e superação dos desafios do cotidiano, em um ambiente acolhedor e caloroso.

[...]

A Terapia Comunitária apresenta três características básicas:

1. A discussão e a realização de um trabalho de saúde mental, preventiva e curativa, procurando engajar todos os elementos culturais e sociais ativos da comunidade:

agentes de saúde, educadores, artistas populares, curandeiros, entre outros.

2. A ênfase no trabalho de grupo, promovendo a formação de grupos de mulheres, jovens, pessoas de terceira idade, para que, juntos, busquem soluções para os problemas cotidianos e possam funcionar como escudo protetor para os mais frágeis, sendo instrumentos de agregação social.

3. A criação gradual da consciência social, para que os indivíduos tomem consciência da origem e das implicações sociais da miséria e do sofrimento humano e, sobretudo, para que descubram suas potencialidades terapêuticas transformadoras.

Da leitura acima, apreende-se que a terapia comunitária tem como foco principal integrar a comunidade e fazer dela a solução para os problemas de seus participantes, com a finalidade de criar uma consciência social. Para conduzir um grupo rumo ao caminho pretendido pela terapia comunitária, é necessária a presença de pessoa capacitada para tal papel, que tenha feito o curso de terapeuta comunitário.

Isto se dá porque o terapeuta deve estar ciente dos limites da sua intervenção, bem como consciente da finalidade da terapia. “A função Terapia Comunitária não é resolver os problemas das pessoas, e, sim, suscitar uma dinâmica que possibilite a partilha de experiências e criar uma rede de apoio aos que sofrem” (BARRETO, 2005, p.44).

No informativo elaborado pelo CONEN, consta a finalidade desta espécie de terapia com os usuários de drogas (ANEXO):

Esta modalidade terapêutica serve como atividade de apoio nas ações de atendimento aos beneficiários e usuários de drogas, objetivando a promoção da autoestima e a autoconfiança, contribuindo na construção da dignidade e da cidadania, bem como, no restabelecimento do equilíbrio mental, social e familiar, estimulando a conscientização dos beneficiários em não reincidir no ato delituoso.

Com esta finalidade, a cada duas vezes ao mês, na sala de apoio da VEMEPA, os usuários de drogas cumpridores de transação penal ou pena farão parte da terapia comunitária, conduzida por um membro do CONEN devidamente capacitado para coordenar o grupo.

Em síntese, a reunião segue seis etapas (BARRETO, 2005): o acolhimento; a escolha do tema; a contextualização; a problematização; a conclusão; e a avaliação. O acolhimento é o momento inicial da reunião, onde as pessoas devem estabelecer contato. O co-terapeuta dá as boas-vindas ao grupo, pergunta quem está aniversariando naquele mês, explica o objetivo e as regras da terapia comunitária (fazer silêncio, falar da própria experiência e evitar dar conselhos, apenas ouvir), “aquece” o grupo convidando todos a participarem e, por fim, apresenta o terapeuta.

A segunda etapa consiste na escolha do tema a ser discutido na reunião. Para isso, o terapeuta incentiva os participantes a falarem de seus problemas, pois aquela é a hora certa para desabafar. Assim, os que assim desejam voluntariam-se e expõem seus problemas. Após, o terapeuta perguntará a cada um qual o seu voto para a escolha do tema da reunião.

Escolhido o tema, o terapeuta agradece a compreensão de todos e coloca-se a disposição daqueles cujo tema não foi escolhido para, caso queiram, conversar com ele ao final da reunião.

Escolhido o tema, inicia-se a fase da contextualização, na qual o dono do tema escolhido irá discorrer mais sobre o seu problema, podendo os demais fazer perguntas para melhor entender a situação.

Exposto o problema de um dos indivíduos, o terapeuta deve lançar ao grupo uma pergunta que faça todos refletir acerca daquele problema e, em seguida, ouvir o que cada um tem a dizer, a fim de que todos dividam alguma experiência.

Tem-se, portanto, a conclusão, na qual forma-se uma roda com os componentes do grupo, fazendo um movimento suave de um lado para o outro. Enquanto todos estão neste estado de sincronia, o terapeuta verbaliza perguntas que fazem os participantes refletirem e retirarem um aprendizado daquela reunião.

Ao final, o terapeuta e o co-terapeuta avaliam o desenvolvimento da terapia, de que forma o grupo se integrou, como se deu a evolução das etapas anteriores e como as pessoas que externaram seus problemas ficaram, no que se refere ao vínculo, autoestima, etc.

Portanto, do procedimento acima apreende-se que o intuito da TC não é aconselhar, resolver problemas ou forçar a conduta de outrem, pelo contrário. A força da terapia comunitária está justamente na união da comunidade, no estreitamento de laços, na divisão de experiências.

No caso dos usuários de drogas, um mesmo motivo os levou para aquela reunião: o uso de substâncias entorpecentes. Mediante a troca de experiências, o convívio com pessoas que passaram por problemas semelhantes, o indivíduo tem a chance de entender o porquê da sua conduta, de se sentir compreendido e, a partir disso, ter vontade de mudar. A solução para cada indivíduo repousa no grupo como um todo.

Este modelo de execução penal apresenta-se bastante salutar para os participantes, pois dá a eles uma oportunidade que quiçá eles nunca tiveram, pois existe um lugar em que as pessoas vão ouvi-lo sem emitir qualquer julgamento, pois todos estão ali pelo mesmo motivo. Desta forma, observa-se que a terapia comunitária aplicada pela VEMEPA em parceria com o CONEN na Comarca de Manaus, é uma alternativa bastante viável para que o Judiciário e o Executivo encontrem um caminho em prol da reintegração social dos sujeitos do consumo.

### 3 CONCLUSÃO

As pesquisas científicas têm avançado no sentido de que o vício em drogas é mais uma doença do que um acaso. Para muitos, como para a diretora do Instituto Nacional sobre Abuso de Drogas dos Estados Unidos, Nora Volkow, o vício deve ser tratado com remédios, pois os dependentes “perdem o livre arbítrio para dizer ‘não’” (Anexo II).

Incapaz de se manter inerte diante de um forte fator desencadeador da violência e do crime, o Estado brasileiro, tal como os demais países, optou pela proibição de uma lista de substâncias que podem levar o indivíduo saudável a tornar-se dependente químico. Porém, a proibição atribuída ao uso e à comercialização destas substâncias deu origem ao crime organizado, no qual grupos de pessoas se reúnem para o cometimento de atividades ilícitas, entre elas a produção e comercialização de drogas.

Percorrido o caminho ao longo das leis que disciplinaram a matéria, verifica-se que a Nova Lei de Drogas, lei nº 11.343/2006, ainda que tenha mantido a linha da legislação anterior no que se refere à repressão ao tráfico, deixando bem clara a sua posição contrária à legalização de qualquer espécie de substância entorpecente, modificou a visão que a lei n. 6.368/76 dava ao usuário, retirando a previsão de pena privativa liberdade e impondo sanções penais com finalidade educativa e preventiva, quais sejam: a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Após entender o procedimento pelo qual o indivíduo que incide no artigo 28 da lei n. 11.343/2006 é submetido, do termo circunstanciado de ocorrência até o juizado especial, tem-se que o principal ponto para entender a nova mudança legislativa trazida pela Lei Antidrogas repousa no cumprimento da transação penal ou da sentença condenatória proferida pela Vara do Juizado Especial Criminal.

Tendo em vista que a sanção penal descrita no inciso III do artigo 28 não especifica a forma como deve se dar o cumprimento da medida, por óbvio inexistente uma uniformidade na execução desta pena. Diferentemente do que ocorre com a prestação de serviços à comunidade, cujos métodos são bem definidos por lei e já figuram na legislação brasileira há algumas décadas, a sanção penal de comparecimento a programa ou curso educativo para o usuário de drogas é verdadeira inovação legislativa.

Neste contexto, buscou-se analisar a efetividade da execução da medida educativa aplicada na Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas, qual seja, a terapia

comunitária desenvolvida pelo professor Adalberto Barreto.

Foi possível observar que a terapia comunitária objetiva integrar uma determinada comunidade por meio do fortalecimento de seus indivíduos que, juntos, podem encontrar a solução de seus problemas individuais, ainda que a busca pela solução do problema não seja a principal finalidade da terapia. Na verdade, a TC é voltada para compartilhar sentimentos e experiências, e não para receber conselhos.

Apreende-se que a trajetória do usuário, do começo ao fim, é marcada pelo conflito. Nesse sentido, a terapia comunitária desenvolvida na VEMEPA, em parceria com o CONEN, mostra-se como um meio eficaz de ajudar o usuário a encontrar uma resposta salutar às suas dúvidas, pois nas reuniões periódicas, além do acolhimento proporcionado pelo ambiente ameno e pela figura do terapeuta, naquele momento ele está ao lado de pessoas com situações semelhantes à dele, não havendo o julgamento negativo de terceiros.

A troca de experiências, a visão positiva de uma situação difícil, a união entre semelhantes, constituem elementos fortes, que certamente dão ao indivíduo condições de optar por uma vida saudável. Basta que ele opte por ela.

De fato, não cabe ao Estado obrigar o usuário a deixar de fazer uso das substâncias entorpecentes, mas diante do aumento do consumo e, conseqüentemente, do tráfico, cabe a ele fornecer subsídios capazes de amparar os usuários de drogas, a fim de que possam receber o auxílio necessário para resolver os conflitos que deram origem ao vício.

Tal entendimento ganha apoio com o Provimento n. 4 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça que pretende dar efetividade ao §7º do artigo 28, no sentido de capacitar os juízes para lidar com os usuários e garantir-lhes a atenção na rede pública de saúde. (anexo VI)

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais** (lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007. 175 p.

BARRETO, Adalberto de Paula. **Terapia comunitária passo a passo**. Fortaleza: Gráfica LCR, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOITEUX, Luciana. **Tratamento ou violação de Direitos? O caminho adotado pela Nova Lei de Drogas Brasileira**. Revista Diálogos. Ano 6, n. 6, ano 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. **Dispõe sobre nova lei de drogas**.

BRASIL. Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre Lei de tóxicos**. Revogada pela lei nº 11.343, de 2006.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248 p.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). 5ª.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 343 p.

COSTA, Renata Almeida da. **A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 184p.

FERNANDES, Nelito; PEREIRA, Rafael; MENDONÇA, Martha; MEIRELES, Maurício. Nós todos contra o tráfico. **Revista Época**, 29 de novembro de 2010, nº 654.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa; 4.ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 2058.

FREITAS JÚNIOR. Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 143 p.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas** – Lei nº 11.343/2006: Comentada. 2ª.ed. Campinas: Russell, 2009.

GLOSSÁRIO DE ÁLCOOL E DROGAS. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas, 2006. 132p.

GORGULHO, Mônica. **Álcool e outras drogas: a perspectiva dos direitos humanos dos usuários**. Psicologia, Ciência e Profissão – Revista Diálogos, Brasília, DF, Ano 6, n. 6, p. 7-10, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13ª.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 458 p.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 4ª.ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. 169 p.

LEAL, João José. **Nova Lei n. 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?** Boletim IBCCRIM, n. 169, p. 02.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. Anotada e Interpretada. 7ª.ed., São Paulo: Saraiva, 2010. 496 p.

OLIVEIRA, Adriano. **Tráfico de drogas e crime organizado**: Peças e mecanismos. Curitiba: Juruá, 2008. 328p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13ª.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. 949 p.

SECRETARIA DO ESTADO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS – SEJUS; CONSELHO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS – CONEN. **Terapia Comunitária** [folder]. Manaus, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentário à Lei Antidrogas** (11.343/06): Pós-Reformas do CPP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 359 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **VEMEPA – Justiça e Inclusão Social** [folder]. Manaus; 2006.

#### SITES ACESSADOS

[http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=162&Itemid=133](http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=162&Itemid=133)

[http://www.sejus.am.gov.br/programas\\_02.php?cod=1613](http://www.sejus.am.gov.br/programas_02.php?cod=1613), Acesso em 30 out. 2010

# **ANEXOS**