

## A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL SOB A ÓTICA DA PROBLEMÁTICA DO USUÁRIO

THE EVOLUTION OF ANTI-DRUG LEGISLATION IN BRAZIL FROM THE  
STANDPOINT OF THE USER'S PROBLEM

Aldo Pagliani Schwanck

Faculdade ITOP  
a.schwanck@hotmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo abordar a perspectiva histórica das drogas ilícitas, e, para isso, realizou uma comparação entre as legislações já revogadas que tratam sobre o assunto e as que ainda estão em vigor no Brasil, analisando a sua evolução no tratamento e sanções atribuídas ao usuário/dependente químico de drogas, tendo por foco de estudo as inovações trazidas pela Lei 11.343/2006 com relação à posse de drogas para consumo próprio, bem como nas dificuldades enfrentadas por toda a sociedade diante de tal problema, dificuldade esta que atinge inclusive o próprio operador jurídico, no momento de distinguir a figura do usuário do traficante, identificação esta de fundamental importância para aplicação de uma medida desarcerizadora ou uma pena mais eficaz tanto para o usuário, como para o dependente químico ou para o traficante. A presente análise foi baseada em revisão bibliográfica, artigos publicados em sites na internet, notícias de jornais e revistas, dentre outras fontes de literatura relacionadas ao tema. No decorrer do trabalho constatou-se que a Lei 11.343/2006 tutela a saúde pública como bem jurídico transindividual, da coletividade. Logo, a vítima não é o usuário que adquire droga de traficante, mas sim o Estado, mais especificamente a saúde pública, portanto, a preocupação da lei na criminalização do tráfico não é evitar os malefícios causados pela droga àqueles que a consomem, mas o de evitar o risco à integridade social que os entorpecentes acarretam.

**PALAVRAS-CHAVE:** usuário, traficante, saúde pública.

**ABSTRACT:** The present work aims an approach of the historical perspective of drugs, and a comparison between the no longer existing drug laws and the one in force in Brazil has been accomplished, analyzing developments in the treatment and sanctions assigned to the drug user, the study focused on the innovations brought by the Law 11.343/2006 regarding drug possession for personal use as well as the difficulties faced by the whole society facing of such problems, which affects the prosecution when it comes to identify either the user and the dealer, this identification is a key point for implementing a more effective remedy or penalty either for the user, the addict and the dealer. This analysis was prepared by literature review, published works on the Internet, news of newspapers and magazines and other literature related to the theme. During this work it was found that the Law 11.343/2006 aims public health protection as well as the transindividual right of the community. The victim, therefore, is not the user who buys the drug from the dealer, but the state, specifically public health, so the concern of the law by criminalizing the dealing is not to avoid the harm caused by drugs to those who consume but to avoid jeopardizing the society integrity caused by drugs.

**KEY WORDS:** drug addict, drug dealer, public health.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo a análise da evolução histórica da legislação antidrogas no Brasil, tendo como foco a situação do usuário de drogas ilícitas, demonstrando-se assim a necessidade da aplicação de medidas e

145

de liberdade e sanção pecuniária foi abolida. Essa mudança de tratamento encontra respaldo no princípio da intervenção mínima e no princípio da dignidade da pessoa humana. Com espeque nesses dois princípios norteadores, a nova lei de drogas, em sua parte geral, alterou regras de tratamento, definições, competências e atribuições, disciplinando de forma mais específicas e distinta a questão relativa aos usuários e dependentes de drogas.

### Evolução do sistema normativo antidrogas no Brasil sob o prisma da problemática do usuário - O artigo 16 da Lei nº 6.368/76

Em razão do aumento alarmante no consumo de drogas na década de 70 e da carência de proteção à saúde pública, tomou-se necessário um ordenamento jurídico com capacidade de reprimir, com maior intensidade, o tráfico e o uso de drogas, bem como disciplinar formas para tratamento e recuperação destes.

Frente à gravidade do problema, o Estado buscou fornecer à sociedade uma Lei eficiente e moderna subsidiada no combate às drogas, vindo nesse período a edição da Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, que passou a ser conhecida como Lei de Antitóxicos.

Esta Lei foi elaborada com o intuito de modificar todo o sistema penal e administrativo referente à prevenção e repressão aos tóxicos, trazendo conceitos e determinando as respectivas penas. No art. 16, foram incriminadas as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo:

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

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 100 (cem) dias-multa.

O dispositivo deu àquele que pratica uma das condutas tipificadas neste artigo, um tratamento mais benevolente do que àquele que pratica o tráfico.

Nota-se que a consumação ocorre com a realização das condutas definidas no tipo penal, e não com o uso da droga propriamente dito. Desta forma, pela ausência de punição ao uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, percebe-se a impossibilidade de punir

147

institutos que refletem resultados positivos no combate ao tráfico de drogas ilícitas.

Esteve em vigor no Brasil, por quase três décadas, a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, a qual teve forte influência da legislação norte americana, tendo como destaques os artigos 12 e 16, os quais davam tratamento penal semelhante ao usuário de drogas e ao traficante, os definindo, portanto, como criminosos. Era uma lei especial revestida de uma interpretação de caráter criminológico.

Com o intuito de racionalizar os problemas jurídicos oriundos da legislação antidrogas, houve a elaboração da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, no entanto, esta lei possuía diversos vícios de inconstitucionalidade, bem como deficiências de caráter técnico, tendo sido vetada em sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual, vigendo simultaneamente a parte penal da Lei nº 6.368/76 com a parte processual da Lei nº 10.409/02.

Assim, com o objetivo de solucionar o imbróglio jurídico ocasionado por duas leis em vigor, os legisladores pátrios elaboraram um novo Diploma Legal, a Lei 11.343, que entrou em vigor em 23 de agosto de 2006, revogando expressamente em seu art. 75, os Diplomas Penais que até então vigoravam.

Esta Lei veio com o objetivo principal de aperfeiçoar o combate ao tráfico de drogas, reprimindo de forma mais severa as condutas criminosas e especificando, com novos tipos penais, o comportamento humano vedado, bem como apresentando um novo tratamento penal aos usuários e aos dependentes de drogas ilícitas.

Inicialmente percebem-se duas grandes mudanças com relação às leis anteriores, a primeira é a eliminação da pena de prisão para o usuário/dependente, ou seja, quem tem a posse de droga para consumo pessoal, bem como para aquele que, com o mesmo intuito, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica e a segunda mudança trata da distinção entre o traficante profissional e o eventual, tendo, este último, com a nova legislação, direito público subjetivo a uma sensível redução de pena.

O paradigma em relação aos usuários e dependentes de drogas está baseado na prevenção e reinserção social, tanto é assim, que a pena privativa

146

atos que atentam contra o próprio agente, na medida em que se trata de autolesão da saúde (THUMS; PACHECO, 2009, p. 39).

Para os autores, o motivo real de criminalizar tais condutas, é o suposto perigo social que elas apresentam, observa-se que o raciocínio implícito utilizado a fim de prevenir a saúde pública, que se mostra em iminente perigo no momento em que o usuário traz consigo a droga, antes mesmo de consumi-la, resultando em sua difusão.

O posicionamento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, trouxe a saúde pública como bem jurídico tutelado pelo artigo 16 da referida Lei, ou seja, a determinação do perigo social que esta conduta vem a representar.

### Inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 6.368/76

O impasse acerca da inconstitucionalidade do dispositivo que pune a conduta de posse de drogas para uso próprio é antigo e remonta à época em que recebia a mesma punição aplicada ao traficante. (GRECO FILHO, 2009, p. 126/127)

Três eram as condutas incriminadas no art. 16, da Lei nº 6.368/76: adquirir, guardar, ou trazer consigo, desde que combinadas com a expressão para uso próprio.

Alguns doutrinadores sustentaram que tais condutas não poderiam ser objeto de criminalização por parte do Direito Penal, haja vista que não afetavam bens ou interesses de terceiros, tratando-se apenas de condutas de cunho privado que afetavam apenas a pessoa que a executa, não atingindo, portanto, a terceiros e a sociedade.

Nesse sentido, Thums; Pacheco (2008) defenderam a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 6.368/76, por acreditarem que a punição do usuário de drogas sempre foi algo obsessivo pelo legislador e do próprio judiciário. No entanto, os autores relatavam:

Predomina nos tribunais pátrios o entendimento de que o art. 16 não padece de vício de inconstitucionalidade, na medida em que o Estado busca evitar, de qualquer forma, a disseminação da droga, buscando proteção à saúde pública. A norma possui interesse social e por esta razão não afronta a garantia constitucional da liberdade individual. Sob o ponto de vista do direito à privacidade, a jurisprudência também consagrou a posição de que o interesse pessoal – intimidade e

148

privacidade – não pode ser oponível ao interesse coletivo de proteger a saúde pública. (THUMS; PACHECO, 2008, p. 60/61)

Maria Lúcia Karam, em discurso dado no Fórum que ocorreu no Rio de Janeiro (2003) sobre “Democracia, direitos humanos, guerra e narcotráfico”, defendeu:

Assim, enquanto houver destinação pessoal para a posse da droga e enquanto seu consumo se fizer de modo que não ultrapasse o âmbito individual, não haverá afetação da saúde pública. Ter algo para si próprio é o oposto de ter algo expansível a terceiros. Aqui se têm condutas privadas, em que ausente a concreta afetação de um bem jurídico de terceiros, condutas que como tal, não podem ser objeto de qualquer forma de criminalização. Faz parte da liberdade, da intimidade e da vida privada a opção por fazer coisas, que pareçam para os outros – ou que até, efetivamente, sejam – erradas, “feias”, imorais ou danosas a si mesmo. A dignidade da pessoa humana, reconhecida desde as origens do Estado Democrático de Direito, impede a transformação forçada do indivíduo. Enquanto não atete direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem lhe aprouver. O que os outros – e, portanto, também o Estado – podem fazer, nestas circunstâncias, é apenas tentar mostrar ao indivíduo, que, supostamente, está se prejudicando, que seu comportamento não está sendo bom, jamais podendo, no entanto, obrigá-lo a mudar este comportamento, ainda mais através da imposição de uma pena, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão.

Assim, partindo do pressuposto de que a posse de drogas para o uso próprio se classifica como conduta de cunho privado, esta não deveria ser objeto de criminalização, tendo os autores chegado a conclusão que o art. 16, da Lei nº 6.368/76, em nada atinge a saúde pública, sendo, portanto, inadmissível aceitar-se o entendimento de que a posse de substância entorpecente para uso próprio possa afetar a coletividade.

#### Alterações da Lei nº 10.409/02

A Lei nº 10.409/02, conforme exposto por Capez (2006), teve quase metade de seus dispositivos vetados, dentre eles, o capítulo que tratava do consumo de drogas, permanecendo vigente com relação a essa parte da matéria, a Lei nº 6.368/76.

De acordo com o Capez (2006), a legislação anterior se transformava em um verdadeiro centauro do direito: a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, a de 2002.

Marcão (2005) esclarece que a Lei nº 6.368/76 não foi revogada, até

porque foi vetado pelo Presidente da República o art. 59 do

Projeto que deu origem à Lei 10.409/2002, que estabelecia a revogação daquele Diploma, persistiram no ordenamento jurídico as disposições nela contidas, que cuidam do tema em comento.

A Lei 6.368/76 previu as medidas de tratamento ambulatorial e internação. Marcão (2005) chama à atenção que, tanto o dependente quanto o usuário continuaram a sujeitar-se à possibilidade de tratamento ambulatorial ou internação.

#### Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006

Segundo Nucci (2009), a escalada do uso de drogas ilícitas que vem movimentando a economia informal, constitui uma verdadeira indústria organizada, gerando um sério problema mundial. Diante disso, o nosso país tem desencadeado um combate feroz contra o tráfico de drogas, seja editando uma legislação moderna, seja dotando o aparelho policial de elementos capazes de ensejar uma repressão eficiente ao comércio e uso de drogas ilícitas.

Ainda de acordo com Nucci (2009), com o advento da Lei nº 11.343/2006, o usuário recebeu tratamento diferenciado, ocorrendo a chamada *novatio legis in melius*, tendo em vista que a nova lei revelou-se bem mais benéfica que as anteriores e, portanto, com caráter retroativo, abrangendo desde o condenado até aquele que está sendo investigado.

Observa Capez (2006) que a nova lei pôs fim à pena de prisão para o usuário de drogas, ou seja, quando efetuada a captura do usuário, e conseqüente apreensão da droga ou da planta tóxica, cabe ao condutor levar o autor do fato, imediatamente, ao juízo competente. Essa mudança causou grande impacto, uma vez que o usuário de drogas durante toda a evolução no sistema normativo, vinha recebendo tratamento equiparado ao traficante, recebendo inclusive a pena privativa de liberdade.

Conforme ensinamentos de Gomes (2007), cinco são as condutas sancionadas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo. O autor traz ainda as definições para estas:

Adquirir significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. Não importa a forma da aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, a prazo, pagamento em dinheiro, em

cheque etc.

Guardar exprime a conduta de ocultar, ter a droga escondida, não revelar a sua posse publicamente. A clandestinidade é a característica marcante do verbo “guardar”. Ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público. Não importa o local do depósito. Transportar expressa a ideia de deslocamento, de um local para outro. O transporte é para uso pessoal, do contrário incide o art. 33 da Nova Lei de Drogas. Não importa o animus do agente, ou seja, faz-se o transporte para depois ter consigo ou se o faz para terceiros. Trazer consigo é a mesma coisa que portar a droga. Fundamental sempre é a disponibilidade de acesso, de uso. Não importa o local em que o agente traz consigo (no bolso, na carteira, na mala, na mochila, no porta-luvas do carro etc.). (GOMES, 2007, p. 148)

A Lei em seu § 1º, do art. 28, ainda submete às mesmas penas aplicadas ao usuário, a conduta de “semear”, “cultivar” ou “colher”, pequenas quantidades de droga para consumo pessoal. (GRECO FILHO, 2009, p. 134/135)

Para Thums; Pacheco (2008), pequena quantidade deve ser considerado de acordo com o caso concreto, dependendo muito das circunstâncias do fato, das condições em que se desenvolveu a ação criminosa, a qualificação e os antecedentes do agente.

A Lei submete o usuário às três diferentes medidas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a um programa ou curso educativo.

#### Natureza Jurídica

Para Gomes (2007), a nova lei de drogas aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado crime (embora continue sendo considerado um ilícito). Houve, portanto, descriminalização, mas não legalização, havendo, portanto, uma hipótese de *abolitio*.

Logo, não há que se falar em consequências ou efeitos penais na aplicação deste instituto, mas, somente os efeitos civis.

O autor argumenta que, se no Brasil, crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção (que isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal, com a Lei 11.343/06, deixou de ser crime, pois as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a

programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum

tipo de pena privativa de liberdade. Seguindo essa linha de raciocínio, o autor entende que essa conduta sequer passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa), e conclui, afirmando que a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal, porque de modo algum permite a pena privativa de liberdade, e sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no Brasil.

Em sentido contrário, Capez (2006, p. 68) afirma que:

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

É nesse sentido o entendimento de Moura (2007), que entende que na hipótese de porte ou posse de drogas para uso pessoal, ocorreu um mero abrandamento penal, passando-se da cominação de pena privativa de liberdade e pena pecuniária a penas restritivas de direitos. Para ele configurou-se uma verdadeira despenalização, em que o crime de posse de drogas para uso próprio continua a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, na condição de ilícito penal, punindo somente com pena alternativa.

A doutrina majoritária é unânime ao afirmar que não ocorreu a descriminalização da conduta do porte ou posse de entorpecente.

Sobre o assunto, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na ocasião, apreciou o RE 430105/QO/RJ, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, e se posicionou no seguinte sentido:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também,

o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário (STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

No entendimento de Marcão (2005), embora a lei 11.343/06 tenha conferido um tratamento mais benéfico aos usuários de drogas, aplicando uma pena mais branda do que a pena prevista Lei nº 6.368/76, não há o que se falar em descriminalização da conduta, haja vista que o que de fato ocorreu foi uma nova valorização das condutas, embasada em uma nova política criminal, a qual tem por objeto a prevenção ao consumo de drogas ilícitas através medidas mais justas que a prisão do delinquentes usuário, suavizando a pena por entender tratar-se matéria afeta à saúde pública.

#### Princípio da Insignificância

Para Capez (2006), outra situação jurídica que envolve o usuário de drogas é a possibilidade de aplicação ou não, do princípio da insignificância. Alguns doutrinadores defendem a viabilidade na aplicação do princípio da insignificância, logo, causa de exclusão da tipicidade material.

O princípio da insignificância assegura que o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas ou condutas incapazes de atingir o bem juridicamente tutelado. No conceito de Gomes (2007), princípio da insignificância:

É o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes,

153

assegurando não só que a justiça esteja mais desafiada, ou bem menos assestada, senão permitindo também que fatos mínimos não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Gomes (2007, p. 156)

O autor entende que a posse de droga ilícitas para uso próprio configura uma das modalidades do chamado delito de posse, que retrata uma categoria penal muito específica do Direito Penal. Sendo fundamental, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta.

Portanto, se a droga apreendida não reúne nenhuma potencialidade ofensiva, em razão de ser ínfima a sua quantidade, não existem elementos para se constituir uma infração. Desta forma, não existe conduta a ser punida, embora formalmente se amolde ao tipo penal, não apresenta nenhuma relevância material.

No entanto, não existe concordância na doutrina e na jurisprudência, quanto à aplicação do princípio da insignificância nos crimes previstos na lei 11.343/06.

Segundo Lima (2015), inicialmente o Supremo também entendia que o princípio da insignificância não poderia ser aplicado ao crime de porte de drogas ilícitas para o consumo pessoal, haja vista que a periculosidade social da ação encontrasse presente nos crimes de perigo abstrato, como é o caso. Porém, mais recentemente, nota-se uma mudança de entendimento na Suprema Corte brasileira, ao menos no que tange a 1ª Turma, a qual já conta com precedentes no sentido da aplicação do princípio da insignificância em relação ao tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.340/06.

Para Gomes (2007), quando a autoridade judicial reconhece o princípio da insignificância, afastando a aplicação da norma, não está necessariamente de acordo com pequenas práticas ilícitas, mas tão-somente deixando de aplicar uma medida detentiva em face de uma conduta que não lesou o bem jurídico de maneira relevante.

A tese defendida pelo autor está de acordo com decisão proferida pelo STF, 1ª Turma, HC 110.475/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012, DJe 54 14/03/2012

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI

154

11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expõem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. (STF - HC: 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012).

No entanto, há doutrinadores que entendem que a pequena quantidade de droga apreendida na posse do usuário não descaracteriza o delito, uma vez que a repressão visa preservar a saúde pública. Argumenta-se no sentido de que a droga pode ser disseminada entre outras pessoas, acarretando um alto risco social que o Estado visa punir. Nesse sentido é o posicionamento de Nucci (2009):

O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são mais brandas, comportando inclusive mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação da sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxicos. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo torna-se traficante ou viciado. NUCCI (2009, p. 335)

Para o autor a lei de drogas tutela a saúde pública, e não necessariamente o prejuízo que a droga possa ou não causar em determinado caso concreto. O ideal é que pelo menos ocorra a aplicação de sanção, por menor que seja a quantidade de tóxico, evitando assim o crescimento da atividade do agente, podendo torna-se traficante ou viciado.

Thums; Pacheco (2008) observam que nem toda conduta humana apresenta um grau de lesividade que deva ser objeto do direito penal. Deve existir uma proporção entre a gravidade da conduta a ser punida e a necessidade de punição, pois como se viu, não existe crime se não houver relevante e

155

intolerável lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Porém, os autores acreditam que a posse de drogas para consumo próprio é crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante a quantidade de droga portada para a caracterização da infração penal.

Desta forma, o único momento em que a quantidade da droga apreendida deve ser levada em consideração, é no momento da fixação da pena, podendo esta vir a beneficiar o infrator. Assim, a finalidade da norma, no caso do art. 28, da lei 11.343/06, se deu no sentido de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, razão pela qual se conclui não ser aplicável a tais situações o princípio da insignificância.

#### Penas Alternativas

Segundo Nucci (2009), o crime do art. 28 da Nova Lei deve ser considerado de ínfimo potencial ofensivo, haja vista que, ainda que não seja possível a transação penal, mesmo que reincidente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade.

O operador do direito vinha sendo orientado pela moderna política criminal, no sentido de, sempre que diante de crimes de menor potencial ofensivo, se evitasse a aplicação de pena restritiva de direito. Essa política criminal se mostra refletida de forma clara, no art. 44, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98, deixando implícita a orientação para não aplicação de pena restritiva de liberdade aos crimes de menor potencial ofensivo, reservando tal punição para os crimes punidos com mais de quatro anos, cometidos mediante uso de violência ou de grave ameaça, quando o réu for reincidente em crime doloso ou quando as circunstâncias pessoais indicarem sua necessidade. Sobre as penas aplicadas ao usuário de drogas, Gomes (2007) manifestou-se da seguinte forma:

Advertência: a lei fala em advertência sobre os efeitos das drogas. Não se trata de uma advertência por razões moralísticas, religiosas etc. A razão da advertência é jurídica: cuida-se de uma sanção legal. De outro lado, deve-se abordar os efeitos deletérios da droga (para o próprio usuário, para sua família etc.). Prestação de serviços à comunidade: Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. As tarefas inerentes a essa medida devem ser atribuídas conforme aptidões desse condenado (art. 46, § 3º, do CP). Não pode o juiz fixar uma determinada prestação que não condiz, de forma alguma, com o que o agente tem conhecimento ou habilidade. É preciso haver razoabilidade na medida. De outro lado, jamais pode a

156

tarefa atribuída ser ofensiva à dignidade da pessoa (princípio da proibição da pena indigna). Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo: cabe ao juiz fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer. Impõe-se ainda determinar a frequência (quantos dias por semana, horário, local etc.). Se o juiz não esclarecer nada disso na sua sentença, cabe ao juiz das execuções fazê-lo (art. 86 da Lei dos Juizados Criminais). (GOMES, 2007, p. 154 e 165)

O autor chama a atenção no sentido de que em hipótese alguma será imposta pena privativa de liberdade ao autor de crime de uso, cabendo somente a aplicação de medidas alternativas, podendo estas serem aplicadas isoladas ou conjuntamente, cabendo, no entanto, em caso de descumprimento, admoestação verbal e/ou multa, mas nunca a pena de prisão. É o que diz o § 6º, do art. 28, da Lei Antidrogas:

§ 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.

Greco Filho (2009) ressalta que o legislador brasileiro buscou uma forma de garantir o cumprimento das medidas impostas, não se tratando, no entanto, de novas penas, mas sim de medidas que visam a garantir sua eficácia.

O artigo 28 da Nova Lei Antidrogas traz ainda o prazo máximo para cumprimento das medidas alternativas, conforme exposto por Gomes (2007):

As medidas alternativas (do art. 28) temporalmente mensuráveis (prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo) não podem ser aplicadas por tempo superior a cinco (5) meses. O juiz, como se vê, conta com uma margem de atuação: a pena máxima é de cinco meses (logo, pode a medida ser fixada em um mês, dois meses etc.). Não pode passar, entretanto, de cinco meses (salvo o caso de reincidência). (GOMES, 2007, p. 163)

Em caso de reincidência, as penas de prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

Segundo Gomes (2007), é considerado como reincidente, no Código Penal, quem pratica nova infração depois de ter sido condenado definitivamente por outro fato precedente. A condenação anterior (definitiva) é o primeiro e indispensável requisito da reincidência, o segundo consiste na prática de um novo fato. No entanto, a palavra reincidência utilizada no § 4º, do art. 28, não

No sistema anterior ao Decreto-Lei nº 385, o critério

único de distinção era o da pequena quantidade, circunstância que determinou que o tráfico passasse a ser feito sempre em pequenas quantidades, de modo a possibilitar ao traficante a arguição do uso próprio (GRECO FILHO, 2009, p. 132).

A Lei Antidrogas, no §2º do art. 28, estabeleceu uma série de critérios para se identificar se a droga destina-se ou não a consumo pessoal: natureza e quantidade da substância apreendida; local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente, segundo Gomes (2007), se torna relevante o objeto material (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu) assim como o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, condutas e antecedentes), o autor acrescenta ainda, que:

É importante saber: se se trata de droga "pesada" (cocaína, heroína etc.) ou "leve" (maconha); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente, etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc. (GOMES, 2007, p. 162)

Da mesma forma entende Capez (2006), que assegura que a quantidade da droga é um fator importante, mas não exclusivo para a comprovação da finalidade do uso, devendo ser levadas em consideração todas as demais circunstâncias previstas no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006.

O autor conclui seu raciocínio afirmando que, houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério de quantificação legal, cabendo ao juiz, dentro desse quadro, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal.

#### Perfil do usuário

Para Grissolia; Torres Sobrinho (2000), várias razões têm sido apontadas para explicar a gravidade em que, atualmente, se encontra a problemática relacionada ao consumo de drogas.

Os autores acreditam que entre as consequências mais visíveis desse quadro, destaca-se o sentimento de impotência no qual se encontram, em

tem correspondência com o sentido técnico do Código

Penal, significando tão somente incidir novamente na infração do art. 28.

O autor assegura ainda, que a reincidência referida neste § 4º, só pode ser a específica, ou seja, reincidência no art. 28. Por outro lado, esta reincidência só pode ocorrer quando o agente pratica o novo fato dentro do lapso temporal de 05 (cinco) anos, contados do cumprimento ou da extinção da pena anterior.

Em sentido contrário, Capez (2006) entende que a lei não estabelece essa exigência, apenas mencionando genericamente os reincidentes, entendendo, portanto, que qualquer forma de reincidência torna incidente o § 4º do art. 28, pois do contrário, a legislação estaria punindo com mais rigor o reincidente em detenção de droga para fins de uso, do que o infrator que tivesse condenação anterior por crimes mais graves.

A prescrição das penas do art. 28, da pretensão punitiva e da pretensão executória, é de dois anos, aplicando-se as causas interruptivas e também, apesar da omissão do texto, as causas suspensivas do Código Penal (GRECO FILHO, 2009, 142/143).

#### Prova da exclusividade da destinação para consumo pessoal

Identificar e distinguir a figura do usuário para o traficante, comprovar a exclusividade da destinação de sua droga para uso pessoal ou para a comercialização, é um problema de alta complexidade, Gomes (2007) ensina que:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante. (GOMES, 2007, p. 161)

Para o autor, é da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério, cabendo ao juiz ou à autoridade policial reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para o tráfico. Para isso a lei elencou uma série de critérios, não se tratando, portanto, de uma opinião do juiz ou de uma apreciação subjetiva, os dados são objetivos.

especial, professores e pais, quando tem de enfrentar o

problema, seja na tarefa de prevenir, ou quando existe a necessidade de uma medida para evitar que um usuário de drogas desenvolva uma dependência química.

Os seres humanos criam relações de dependência emocional com objetos, pessoas e situações. Algumas dessas relações de dependência são de grande valia para seu bem-estar, outras causam prejuízos, perda da autonomia ou até mesmo vícios. Para algumas pessoas que não encontram na família, nos amigos, na profissão ou na vida social, as respostas para seus anseios e necessidades, recorrer a produtos químicos apresenta-se, então, como uma saída. É o que acredita Barreto (2000, p. 7), que acrescenta:

Tais produtos e as drogas podem funcionar como "poção mágica" e dar a ilusão de que os problemas foram superados ou mesmo "resolvidos". Na falta dessa "poção mágica", as pessoas que se acostumaram a consumi-la são invadidas por sintomas penosos, que vão desde o nervosismo, inquietação ou ansiedade, ao impulso incontrolável de obtê-la novamente, a qualquer custo. Neste estágio o usuário fica extremamente dependente dos efeitos da droga no organismo para poder continuar a viver num faz de conta aparentemente sem problemas.

Grissolia; Torres Sobrinho (2000) enumeram os diversos fatores ligados à personalidade do usuário de drogas ilícitas, destacando os principais tipos, bem como suas características mais marcantes:

Personalidade anti-social: atitudes de caráter delinquente percebidas desde cedo, bem como isentas de sentimentos de culpa; irritabilidade e transgressão às normas sociais em geral; utilização de mentiras ou outros recursos buscando o próprio benefício; e incapacidade em manter relacionamentos estáveis.  
Personalidade *borderline*: situa-se no limite entre a neurose e a psicose; instabilidade emocional acentuada; tendências suicidas; padrão de relacionamentos interpessoais instáveis caracterizados por variações no grau de valorização atribuída às pessoas; sentimentos crônicos de vazio e tédio; e perturbação da própria identidade.  
Personalidade narcisista: incapacidade em lidar com frustrações e críticas negativas; busca constantemente admiração e atenção; e padrão generalizado de grandiosidade.  
Personalidade dependente: comportamento submisso e dependente, começando no início da vida adulta; incapacidade em tomar decisões; permitir que os outros tomem a maior parte das decisões que lhe são importantes; medo da rejeição; e sente-se facilmente ferido por críticas ou desaprovagens.

Para os autores, existe uma relação entre determinadas personalidades e a dependência química, os critérios diagnósticos para os distúrbios de



personalidade são extensos e específicos, envolvendo faixas etárias, condutas, aspectos do comportamento, entre outras diversas variáveis.

Diversos são os fatores que formam o perfil de um usuário, independentemente da classe social em que esteja inserido. Da mesma forma, muitos são os motivos que o levam ao uso de drogas, sendo que, um modo geral, todos se veem diante de problemas indesejados. Segundo Tiba (2003), algumas drogas de baixo custo e de fácil acesso, por possuírem o efeito de diminuir a dor, o frio e a fome, são adquiridas, de um modo geral, por pessoas pobres, de rua. Em contrapartida, as drogas de valores elevados e de difícil acesso, que ocasionam uma excitação imediata, geralmente são adquiridas por pessoas de classe média.

No entendimento do autor, não importa a classe em que se encontra o usuário, este sempre vai descobrir uma droga proporcional ao seu poder aquisitivo, e ainda que desprovido de condições para financiar o vício, acabará por delinquir a fim de sustentar suas necessidades químicas e psíquicas.

Em linhas gerais, explica que vários são os perfis dos usuários de drogas, e variadas são as formas de sustento de seus vícios, o que explica perfeitamente o bem jurídico tutelado pela Lei de drogas, e consequente prevenção para se evitar a disseminação do vício.

#### CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou explicar a evolução do sistema normativo de combate as drogas no Brasil e as consequentes disposições normativas promulgadas até a atualidade, focando o estudo na pessoa do usuário de drogas ilícitas, bem como no tratamento e nas sanções impostas, além de ressaltar os principais pontos relacionados ao uso de drogas ilícitas, especialmente na Lei nº 11.343/2006, a fim de se obter uma visão geral da situação do usuário e com isso mostrar a realidade enfrentada pelo mesmo.

Conforme apresentado neste estudo, pelo contexto histórico o usuário de drogas sempre recebeu tratamento semelhante ao aplicado ao traficante de drogas, haja vista que as circunstâncias que envolviam o usuário eram sempre de caráter criminológico.

O uso e a consequente dependência química das drogas, há muito deixaram de ser um problema exclusivamente médico, sendo esse um pensamento ultrapassado.

A prevenção às drogas ilícitas é um constante desafio, haja vista que a complexidade do tema e os diversos fatores que implicam sua causa. A problemática é, no mínimo, uma questão de ordem, política, cultural, educacional, social e, principalmente, de saúde pública.

A política criminal de combate às drogas adotada anteriormente pelo Brasil era baseada no modelo norte-americano, sendo uma política intolerância e de proibição, tratamento seguido até o momento da revogação das Leis nº 6.368/76 e 10.409/02. A criminologia moderna tem buscado novos caminhos para se enfrentar as condutas relacionadas às drogas ilícitas e com o advento da Lei nº 11.343/2006, encarou-se a situação das drogas de uma forma mais real, com uma política criminal de tendência voltada ao proibicionismo e ao prevenicionismo, atentando-se para a reinserção social do usuário e dependente de drogas.

Porém, devido à complexidade do tema, o que se verifica, é que de fato, o Brasil ainda não conseguiu adotar uma política criminal eficaz e eficiente no combate às drogas, pois de nada adianta uma legislação dura no tratamento ao traficante, se não houver educação e conscientização na luta contra a disseminação das drogas em nosso meio social.

A Lei nº 11.343/06, dentre as mudanças trazidas, inovou ao retirar a aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas.

Atualmente crianças e adolescentes recebem uma série de informações através dos meios de comunicação, em especial pelas redes sociais, o que os deixam inteirados sobre o que acontece na sociedade, porém, as informações muitas vezes despertam a curiosidade, e esse é o momento em que a política criminal deveria ser mais eficaz, não deixando nascer nos jovens e nas crianças a curiosidades sobre os efeitos que lhe são propagados, muitos destes tidos como "benéficos" por usuários.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm). Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Lei 10.409 de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm). Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Lei 11.343, de 34 de Agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm). Acesso em: 15 jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Vol. 4 - Legislação Penal Especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos, prevenção e repressão**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRISSELLIA, Cintia Ayres e TORRES SOBRINHO, Luiz Sérgio. **Viva livre das drogas: Consientização e prevenção**. 1. ed. Porto Alegre: Age, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. **A política proibicionista e a ampliação do poder do estado de punir**. Disponível em: <http://narconews.com/Issue30/artigo785.html>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MARCÃO, Renato Flávio. **O Dependente e o usuário na Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos)**. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=72](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=72). Acesso em: 20 mai. 2018.

MOURA, Grégore Moreira de. **Considerações prévias sobre a nova lei de tóxicos**. Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=7>. Acesso em: 10 mai. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigações e processo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

Recebido em 22 de agosto de 2018.  
Aceito em 30 de setembro de 2018