

## A nova Lei de Drogas e o usuário

a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social

Emmanuela Vilar Lins

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

LINS, EV. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, A., *et al.* orgs. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, pp. 243-267. Drogas: clínica e cultura collection. ISBN 978-85-232-0882-0. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.



All the contents of this chapter, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste capítulo, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de este capítulo, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

# **A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**

*Emmanuela Vilar Lins<sup>1</sup>*

## **1. Intróito**

O presente trabalho tem como objeto de estudo a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que entrou em vigor em 8 de outubro de 2006. Esta lei veio substituir a antiga Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, c/c 10.409, de 11 de janeiro de 2002, comumente conhecidas como “Lei de Entorpecentes”. A nova lei, que tem sido denominada pela doutrina como “A Nova Lei de Drogas”, traz, em seu bojo, regramento tanto para os usuários de drogas ilícitas quanto para os traficantes. Todavia, aqui serão tratadas apenas as novas conformações atinentes aos primeiros.

## **2. A lei nº 11.343/2006: a nova Lei de Drogas**

A primeira mudança que pode ser notada se refere à denominação conferida à Lei, que deixa de ser mencionada como “Lei de Entorpecentes” e passa a ser chamada de “Lei de Drogas”. As leis nº 6.368/76 e 10.409/02 sempre se referiam às substâncias ilícitas como entorpecentes. A nova legislação preferiu adotar a palavra “droga”, em todo o seu corpo textual. Em face desta modificação, melhor coadunar a denominação da lei chamando-a de “Nova Lei de Drogas”.

A adoção da palavra “droga” em seus dispositivos tenta sanar duas problemáticas que circundavam as discussões sobre substâncias psicoativas: o alinhamento com os textos internacionais e as dúvidas acerca da definição limitada de entorpecente. Assim, o Brasil, ao utilizar a palavra “droga”, adere à tendência dos textos internacionais, a exemplo da Organização Mundial de Saúde (OMS), da “Convenção Única sobre Entorpecentes” da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena. Ao traduzir a palavra *drugs* constante nesses documentos, a legislação brasileira antiga cometeu um equívoco, pois entendeu que a palavra correlata em português seria “entorpecente”.

Equivocada estava essa tradução porque substâncias entorpecentes, em sentido farmacológico, são aquelas que causam torpor, desfalecimento, perda de energia e enfraquecimento, a exemplo dos opiáceos, tais como a morfina e a heroína. Entretanto, nem todas as substâncias psicoativas deflagram este efeito, bem como nem todo entorpecente poderia ser caracterizado como ilícito. Ao certo, a legislação, desprezando a dimensão fármaco da nomenclatura, adotou uma definição jurídica.

Em sendo o conceito jurídico, em termos práticos, não existe qualquer diferença entre tratar das substâncias ilícitas como entorpecentes ou como drogas. Assim, permanecem compatíveis a nova Lei e a Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde, que elenca as substâncias de uso ilícito e permanece utilizando o termo antigo (entorpecente).

Droga, para a nova legislação brasileira, tem a seguinte definição:

Art. 1º [...]

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. (BRASIL, 2006a).

Ao imputar a outro corpo normativo o dever de elencar as substâncias psicoativas, a nova Lei se inclui no que a doutrina denomina de norma penal em branco<sup>2</sup>, ou seja, aquela cujo completo sentido só pode ser obtido mediante a promulgação de um outro regulamento, no caso em tela, a Portaria n° 344/98, que declara, no seu corpo, quais substâncias são consideradas “drogas” ilícitas neste país. Em razão desta delegação de competência, Paulo Queiroz (2003) entende que seria, então, o Poder Executivo que, em última instância, efetivamente definiria o que é ou não, realmente, uso ilícito e tráfico.

### 3. O conceito de droga

Verificou-se, alhures, consoante o parágrafo único do art. 1° da Lei n° 11.343/2006, que o conceito de “drogas” está adstrito à identificação de dois requisitos cumulativos:

- a) que sejam substâncias capazes de gerar dependência;
- b) que estejam especificadas na Portaria publicada pelo Ministério da Saúde, vinculado, pois, ao Poder Executivo.

Ora, conclui-se, dessa premissa basilar que, mesmo podendo uma substância causar dependência, se esta não estiver presente na citada Portaria, nenhuma conduta ilícita poderá ser extraída daquele que a manipula, nas variadas formas descritas pela própria lei, tais como usar, portar, vender, dar, receber e guardar.

Poder-se-ia afirmar que a inversão dos fatos produziria o mesmo desfecho lógico, mas não é desta forma que a Portaria vem sendo interpretada. Ainda que não comprovado o poder de gerar dependência, a referência à substância no preceito administrativo é fato suficiente para enquadrá-la como proscriita. Desta maneira, “droga” será toda substância que esteja contida no extenso rol da Portaria n° 344/98, regularmente atualizada.

Mas nem todo uso, plantio, cultura, colheita e exploração de droga é proibido neste país. Emerge, no art. 2º, a primeira exceção trazida no corpo da lei:

Art. 2º [...] ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substância Psicotrópica, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. (BRASIL, 2006a).

A primeira ressalva trata das hipóteses em que há autorização expressa e anterior concedida pelo Estado para plantio, cultura e exploração dos vegetais e substâncias dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas. E não poderia ser de forma diversa, já que o Brasil vislumbra a importância e a relevância deste material para a medicina e a ciência. Mister se faz, assim, uma prévia licença da autoridade competente.

A segunda, por sua vez, impõe uma análise mais cautelosa, impingindo traçar breves linhas sobre sua dimensão, em razão mesmo do forte apelo social que implica. O art. 2º da Lei nº 11.343/2006 dispõe que serão de uso permitido as substâncias descritas no parágrafo único do art. 1º quando relacionadas ao uso estritamente ritualístico-religioso, consoante determinação da Convenção de Viena que, em seu art. 32, expõe a permissividade da utilização de substâncias psicotrópicas, quando por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos. Em face desta diferenciação existente para uma mesma substância, cuja distinção se encontra na forma e finalidade de seu uso, alguns estudiosos, com o intuito de bem caracterizar o universo do uso ritualístico-mágico, criaram o neologismo “enteógeno”.

A palavra enteógeno deriva do grego clássico *entheos*, que pode significar “inspirado ou possuído por um Deus”, e a adição do sufixo *geno* que designa “geração, produção de algo”. Uma tradução possível para enteógeno seria “aquilo

que leva alguém a ter o divino dentro de si". (WASSON, R.G.; HOFMANN A.; RUCK C. A., 1980 apud GORNIK, 2006).

O Brasil, atendendo a este contexto religioso, sacro e mágico, cujo respeito e liberdade é, inclusive, garantido no art. 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), lida, em certa medida, de forma diferenciada com esses dois paradigmas. O exemplo mais conhecido de enteógeno cujo uso é lícito é o da Ayahuasca, chá de origem indígena utilizado por várias facções, em rituais religiosos, cuja liberação oficial ocorreu no ano de 2004, após dez anos de testes e pesquisas.

#### 4. O usuário de drogas

Traçadas estas breves linhas e diante de um novo texto normativo com tão imbricadas alterações que merecem um estudo aprofundado e metucioso, o corte epistemológico deste trabalho ater-se-á às disposições atinentes ao *usuário*, ou seja, àquele que adquire, guarda ou tem em depósito droga, bem como aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de drogas, todas para consumo próprio, nos termos do *caput* do art. 28 e seu §1º da lei em questão, que ora se transcreve.

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:

[...]

§ 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. (BRASIL, 2006a).

#### 4.1. Critérios para identificação do usuário

Cinco são as condutas trazidas pelo *caput* supra referido: adquirir (comprar), guardar (ocultar, esconder), ter em depósito (manter), transportar (deslocar) e trazer consigo (portar). A antiga lei registrava, apenas, as três primeiras. Todavia, o que caracterizará o ato de usuário será uma dessas práticas destinadas ao uso pessoal. Assim, no primeiro dos verbos descritos, encontra-se o aspecto objetivo da conduta, enquanto que a destinação para consumo pessoal é o aspecto subjetivo.

O §1º do referido art. 26 28 encerra o antigo debate existente acerca do ato de plantar, cultivar semear e colher, que, agora, passa, expressamente, a portar a mesma carga antijurídica dos atos descritos no parágrafo anterior: é ato do usuário. Omissa, a lei antiga, quanto ao plantio de drogas para consumo próprio, duas correntes se formaram: uma para entender que este ato deveria ser enquadrado nas mesmas hipóteses de tráfico, enquanto a outra parcela - e, na ótica deste trabalho, a mais razoável -, já com a nova lei pacificada, a compreendia dentro da mesma dimensão do uso e, pois, com apenação mais branda.

Uma outra dimensão do plantio, cultivo, semeio e colheita pode ser vislumbrada, não como ato não permitido, mas como efetivo e eficaz mecanismo de redução de danos. Permitindo ao usuário produzir a droga que consome, o Estado estaria contribuindo com a sua não inserção no mundo da violência e do tráfico, não só em face da segurança à integridade física e emocional, bem como à própria saúde, pois é notório o conhecimento de que às “drogas” são adicionadas outras substâncias, seja para seu barateamento, seja para a sua ocultação, e que, comumente, são mais prejudiciais e nocivas do que a própria droga que se pretendia consumir.

Esta é uma discussão que deverá ser fartamente debatida pela sociedade, intensificando, desta maneira, a política de redução de danos, que deverá ser imaginada e aplicada nas mais diversas direções, açambarcando o usuário em suas diferentes necessidades.

Os verbos alhures descritos consistem no aspecto objetivo da infração, ou seja, é a ação ou omissão voluntária. Há, entretanto, o aspecto subjetivo do tipo que caracteriza a finalidade especial das condutas, ou seja, o consumo pessoal.

Nem sempre será fácil averiguar se a droga é destinada ao consumo pessoal, mas, diferentemente da lei anterior, a presente elenca critérios para realizar esta identificação. Esses critérios, que não são taxativos, e sim, meramente, exemplificativos, são descritos no §2º do art. 28, *in verbis*:

Art. 28 [...]

§ 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. (BRASIL, 2006a).

Desta maneira, tanto a autoridade policial quanto a judicial deverá averiguar as circunstâncias descritas acima com o objetivo de enquadrar, de forma fundamentada, a conduta do indivíduo, lembrando, apenas, que a decisão final da subsunção do ato à norma será sempre do magistrado.

As autoridades citadas deverão considerar:

- a. natureza da substância apreendida;
- b. quantidade da substância apreendida;
- c. local e condição em que se desenvolveu a apreensão;
- d. circunstâncias sociais do agente;
- e. circunstâncias pessoais do agente;



- f. conduta do agente;
- g. antecedentes.

Leciona Luiz Flávio Gomes que a natureza e a quantidade dizem com o objeto material do delito, enquanto o local e as condições da apreensão com o desvalor da ação, devendo-se considerar, ainda, aspectos da vida pessoal do agente (2006, p. 119).

A mera quantidade, diferentemente do que se poderia imaginar, não é motivo suficiente para enquadrar a conduta nas hipóteses do art. 28: é preciso identificar outros elementos. Mas, em face deste critério, impõe-se ao magistrado buscar informações sobre a quantidade máxima de uso de determinada substância, ou seja, o limite de tolerância do organismo, para avaliar se o numerário apreendido poderia ou não ser desarrazoado para o consumo de um único indivíduo. Trata-se da dimensão farmacológica da substância. Registra-se, entretanto, que o limite é variável de sujeito para sujeito, bem como, em muitas circunstâncias, a exemplo dos casos de vício, ou seja, de uso habitual, o usuário prefere adquirir em grande quantidade para não se ver compelido a retornar ao mundo do tráfico em um espaço curto de tempo. Verifica-se, ainda, que, em diversas oportunidades, um indivíduo está a portar drogas cuja efetiva propriedade é de outrem, que pode ter conferido àquele a incumbência de adquirir ou guardar, temporariamente, a droga.

A natureza da droga impõe a análise do seu grau de nocividade e do espaço temporal para causar dependência. Estes dois pêndulos - nocividade e dependência - determinarão a essência da droga, em termos jurídicos. Parte da doutrina, talvez embasada na legislação vigente na Holanda, prefere entender que a natureza da droga pode ser dividida em “leves” ou “pesadas”; entretanto, esta diferenciação carece de qualquer critério para sua identificação, soando, pois, como discricionariedade indevida.

A natureza e a quantidade são critérios que devem ser pontuados conjuntamente, pois, a segunda está, essencialmente, atrelada à especificidade de cada substância. Assim, por exemplo, 100 gramas de *cannabis* (maconha) poderá ser considerado uma quantidade razoável para um usuário diário desta substância, o mesmo não podendo ser dito em face da cocaína ou heroína, cuja quantidade necessária para se obter o resultado esperado, bem como o seu nível de tolerância, é muito menor do que o da *cannabis*. A quantidade só será exorbitante, portanto, em face da natureza da substância em particular.

O local e a condição em que ocorreu a apreensão formarão o cenário e o enredo em que estava inserido o usuário no momento em que foi flagrado. A doutrina fala, por exemplo, em locais em que, normalmente, são vendidas drogas, zona típica de tráfico. É conveniente ressaltar, entretanto, que, se existem essas zonas é porque também existem os usuários que lá transitam; assim, a presença de indivíduos neste *loco* não é razão suficiente para enquadrá-lo no tráfico.

As características pessoais e sociais do agente, segundo a lei, também devem ser analisadas pelas autoridades. Dessa maneira, a atividade que o sujeito desenvolve, seu processo histórico, como se dá suas relações, qual sua fonte de renda e patrimônio são características que, em conjunto, formam o que Luiz Flávio Gomes (2006) denominou de *modus vivendi* do agente.

Todavia, a investigação desse ponto deflagra uma série de preocupações quanto à sua aplicabilidade e efetividade, em razão da quase iminente e cristalina possibilidade de se acabar atingindo apenas aqueles indivíduos pertencentes à população carente, residentes em favelas e subúrbios.

Ora, apreendido um indivíduo de poucas posses com uma quantidade elevada de drogas, a primeira pergunta que a autoridade coatora colocará é: *Como este indivíduo conseguiu o valor*

*necessário para a aquisição da droga? Se miserável, não iria preferir investir o valor em sua própria subsistência? Entre alimentar-se dignamente e usar drogas, não deveria optar pelo primeiro?* Assim, partindo da perspectiva de uma classe e realidade tão divergente, seria óbvio concluir que ali estaria um traficante e não um usuário. Mas essa é uma visão limitada.

A escolha do indivíduo nem sempre perpassa por um processo linear de raciocínio; não necessariamente é ponderado e sopesado. Prioridades na vida de um sujeito só podem ser ditas por uma complexa rede de interferência internas, a exemplo das reações instintivas, da educação, da saúde, do desenvolvimento nutricional, e externas, tais como relações familiares, sociais, apelos econômicos, miserabilidade, nem sempre passíveis de serem compreendidas por um terceiro observador.

Exemplo muito conhecido de toda a sociedade brasileira são os usuários de cola de sapateiro e *crack*. Quantas vezes não é possível assistir-se aos jovens mendigando míseros trocados para, em segundos, gastá-los na aquisição dessas substâncias? A razão desta escolha, ao que parece, passa, também, pela inarredável e intransponível vontade destes usuários de não sentirem a si mesmos e à realidade que os circunda. O uso da substância serve como uma fuga da consciência da própria miséria e sofrimento.

Baseada na nova redação da lei, a Rede Nacional de Redução de Dano (REDUC) (2006) cita a socióloga Vera Malaguti Baptista que chega a afirmar: “‘descriminalizamos quem já está descriminalizado’, ou seja: o usuário de classe média, enquanto que a periferia ‘continua sangrando’”.

A atenção, no momento de averiguação destes critérios, quando a autoridade estiver diante de um sujeito miserável, é imperiosa. A análise deverá ser sopesada levando em consideração, sim, a sua realidade e problemática social, mas não para impu-

tar ainda maior lesão ao cidadão, fazendo com que a sua condição social sirva não só de mola propulsora ao encaminhamento ao uso de drogas, bem como seja a própria navalha, apta a lhe proferir novo golpe. A miserabilidade econômica e social de um indivíduo não pode se tornar, ao mesmo tempo, o motivo de seu sofrimento diário e o argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela Nova Lei de Drogas que resguarda uma proteção acrescida aos vulneráveis. É o que preleciona o art. 18:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção. (BRASIL, 2006a).

Nesses termos, não há como negar a maior suscetibilidade a ser lesionada da população mais pobre do Brasil.

Isso significa, então, que se está a retirar qualquer louvável apoio à redação da norma quanto aos critérios elencados? De forma alguma. O estabelecimento de exemplos de situações que deverão ser investigadas para defrontar em qual delito está a incidir o agente é a solução menos arbitrária, pois, de alguma forma, a decisão deverá partir de critérios pré-estabelecidos pelos quais as autoridades, obrigatoriamente, deverão caminhar, na fundamentação de sua decisão. Apenas, aqui se alerta para a aplicabilidade destes critérios, em razão das profundas e abismais diferenças de padrão social e econômico dos indivíduos no Brasil.

Torna-se oportuno, ainda, informar que a nova Lei diferencia o usuário do dependente. O dependente é aquele que passa a ter a sua autodeterminação, a sua capacidade para gerir-se reduzida ou extirpada em face da utilização da droga. Verifica-se uma ausência ou diminuição de capacidade para escolher, em seu melhor interesse, quando sob o efeito ou em carência da droga. Não se confunde, como se pode notar, com o vício, que é

apenas o hábito, o costume de usar droga, sem qualquer repercussão sobre o discernimento de quem a usa. (GOMES, 2006, p. 201).

## **4.2. O usuário e o tratamento a ele conferido pela nova lei de drogas**

Sem dúvida, o usuário era a figura mais prejudicada com a Política Nacional Anti-Drogas que vigorava com a lei anterior. E, erigido o respeito à autonomia e liberdade como primeiro princípio descrito na Nova Lei de Drogas, o que antes, apenas, se baseava em uma política repressiva, agora se encontra em equilíbrio com a política de prevenção, de redução de danos, de reinserção social e de assistência.

Esta mudança de paradigma é decorrente de longas e incansáveis discussões travadas pela sociedade em seus mais diversos ramos, da qual originou-se um forte apelo social para que a legislação fosse alterada.

É com o escopo de reverenciar esta conquista social, que alcançou diferenciar o tratamento conferido ao usuário daquele destinado ao traficante, que a atual Lei deverá ser intensamente debatida e, primordialmente, divulgada, para que se possa, também, alcançar a efetividade da norma. Diante disto, alerta-se para a necessidade de interpretar a lei com o foco no cuidado e respeito ao usuário, deixando, pois, de aproximá-lo da noção de criminoso perigoso e marginalizado.

A política adotada pela nova lei em face dos usuários é, exclusivamente, a de prevenção, de redução de danos, de assistência e reinserção social, não persistindo mais a política repressiva. Nesta esteira, o Brasil segue a tendência mundial, a exemplo de Holanda, Espanha, Itália, Portugal, Bélgica, Reino Unido, Irlanda e Luxemburgo.

Em alguns desses países, o uso de drogas sequer é fato típico, ou seja, crime. No Brasil, trava-se uma acirrada discussão sobre esta matéria, apontando-se duas correntes antagônicas, uma que acredita ter a Nova Lei de Droga descriminalizado o uso e o porte para consumo, sem a concomitante legalização, enquanto outros mantêm a posição de que, apesar das consistentes alterações, o uso e o porte para consumo próprio permanecem com a carga semântica do tipo penal, motivo pelo qual, inclusive, se relega à autoridade judiciária processar, julgar e sancionar, quando for o caso, mediante um procedimento criminal.

Independentemente do posicionamento que será adotado pela jurisprudência e doutrina, a pedra de toque é verificar quais conseqüências são previstas aos Usuários pelo art. 28 da Nova Lei de Drogas ao Usuário.

Dizem os incisos do referido artigo que as conseqüências impostas pela lei àquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, ou, ainda, semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo próprio serão, *in litteris*:

Art. 28 [...]

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006a).

Registra-se, de plano, e em face da importância incomensurável desta disposição, que, em nenhuma hipótese, poderá ser o usuário privado de sua liberdade. Nenhuma sanção que restrinja a sua liberdade poderá ser imposta pelo magistrado ou oferecida como mecanismo de transação penal pelo Ministério Público.

O usuário será submetido, isolada ou cumulativamente, a uma das penas descritas, conforme preceitua o art. 27 da lei em tela. A escolha competirá ao Ministério Público, quando da transação penal, fase, portanto, anterior à própria abertura de processo crime; ou ao magistrado, quando transposta aquela fase, sem sucesso, em sua decisão. Para tanto serão considerados o fato (gravidade, local, circunstância, natureza e quantidade da droga), o agente (primariedade ou reincidência, personalidade, comportamento) e o grau de reprovabilidade da conduta (culpabilidade). (GOMES, 2006, p. 116).

É, ainda, facultado ao juiz substituir as penas alternativas transacionadas ou aplicadas pela sentença, a qualquer tempo, “enquanto não extinta a pena em razão do seu cumprimento ou da prescrição”; isso porque pode a autoridade, posteriormente, verificar que a sanção aplicada não se fez a mais adequada, pois inábil a atingir uma de suas finalidades - prevenção, assistência, reinserção ou redução de danos - podendo, ainda, entender ter sido a sanção excessiva. Por óbvio que, independentemente da decisão, seja para minorar ou agravar, o juiz deverá fundamentar as razões do seu convencimento, respeitando, pois, o quanto dispõe a Constituição Federal quanto à motivação dos atos (GOMES, 2006, p. 118).

A primeira medida elencada pelo artigo fala em advertência ao agente sobre os efeitos da droga. Fala Luiz Flávio Gomes que esta não deve ser uma advertência consubstanciada em valores morais ou religiosos e, neste, sentido não se pode divergir (2006, p. 125). O que está em questão não é a opinião particular da autoridade acerca do consumo de drogas. A esta, restará a incumbência de relatar os efeitos nocivos à saúde.

A Reduc (2006), nesse ponto, traz um interessantíssimo comentário do Prof. Hebert Reis Mesquita, delegado de Polícia Federal, professor da Academia Nacional de Polícia (ANP) e da Uni-

versidade UNIEURO: “Nesse contexto, apenar alguém que comete um crime com uma ‘advertência sobre os efeitos da droga’ é pífio, não sendo o ‘aconselhamento’ uma função precípua da polícia e do Judiciário”.

A segunda pena prevê a prestação de serviços à comunidade, que consiste na imposição de tarefas a serem cumpridas, gratuitamente, pelo usuário. Tratando-se de uma das hipóteses de pena alternativa prevista no art. 46 do Código Penal (CP) (BRASIL, 1940), este deverá ser aplicado na medida de sua compatibilidade com os princípios e regras da Nova Lei de Drogas.

Desta maneira, não poderá o magistrado atribuir ao usuário a realização de atividade que esse é incapaz ou inábil para realizar. A prestação de serviço deverá, portanto, respeitar as habilidades pessoais do agente, sob pena de violar a sua dignidade, conforme determinação expressa do §3º do art. 46 do CP. Em face desse mesmo dispositivo, constata-se que a pena deverá imputar uma hora de trabalho por dia, de maneira a não prejudicar o trabalho realizado pelo usuário.

Quanto ao local, o §5º Art. 28 da Nova Lei de Drogas ressalta que a prestação de serviços 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. Assim, é o objeto social das Instituições que será analisado pela autoridade, delineando o escopo educacional preciso da presente lei. Caso inexistam, no local de cumprimento da pena, instituições com a finalidade supra descrita, nada impede que o agente seja encaminhado a qualquer outra descrita no §5º, mas cuja finalidade não é a de prevenir ou recuperar usuários de droga.



A terceira conseqüência descrita no inciso III do art. 28 se refere às medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo, que impõe ao usuário comparecer às Instituições que promovam a educação, aconselhamento, instrução dos usuários sobre os efeitos da droga. Caberá ao magistrado determinar a qual programa ou curso deverá ser encaminhado o usuário, bem como a frequência e o horário, pois, se não o fizer, ao juiz da execução caberá preencher a lacuna.

As hipóteses descritas nos incisos II e III e, pois, os que se referem à prestação de serviços sociais e às medidas educativas, não poderão ser aplicadas por prazo superior a cinco meses. Entretanto, em caso de reincidência, a lei dispõe que o prazo máximo poderá ser estendido para dez meses, consoante preleciona o §4º também do art. 28. Em caso de reiteradas reincidências, o prazo máximo permanecerá em dez meses.

Caso o usuário se recuse, injustificadamente, a cumprir as penas descritas nos incisos I, II, e III, dispõe o §6º, também do art. 28, que o juiz o submeterá, sucessivamente, a admoestação verbal e a pagamento de multa. A norma fala que *poderá* o magistrado, entretantes, deve-se aqui compreender um poder-dever, no qual incorrendo o cumprimento da pena sem qualquer justificativa plausível, a lei impõe que a autoridade aplique a censura verbal e, caso esta não seja suficiente para que, espontaneamente, o agente venha a obedecer à transação ou imposição da sentença, que seja aplicada a multa.

A admoestação verbal e a multa, portanto, não servem de substitutivo da pena anterior: são formas de compelir o usuário a cumprir com a determinação da transação ou da sentença.

O comando legal, imputado em face da conseqüência ao não cumprimento injustificado, carece, em certa medida, de força impositiva. Explica-se: a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Criminais, ao tratar da pena de

multa, dispõe, em seu art. 85, que, caso esta não seja paga, a sanção deverá ser convertida em privativa da liberdade ou restritiva de direito (ainda sem aplicação, pois inexistente norma regulamentadora). Tendo em vista não permitir a Nova Lei de Drogas ser aplicada ao usuário qualquer pena distinta daquelas previstas nos incisos I, II e III do seu art. 28, ainda que a multa não seja paga pelo usuário, a sanção não poderá se converter em penas de outra natureza, a exemplo das restritivas de liberdade. Ficará a tutela jurisdicional restrita e adstrita a executar o valor da multa no próprio Juizado.

Ainda acerca do tratamento disposto ao Usuário, a lei, atendendo à política de assistência, permite ao magistrado colocar à disposição do usuário tratamento especializado gratuito em estabelecimento de saúde. Eis o texto do §7º do art. 28: “§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado” (BRASIL, 2006a).

Percebe-se, portanto, que o tratamento não é compreendido como consequência por incidir em uma das condutas descritas pelo art. 28, na verdade, será facultada ao usuário e, destarte, competirá a sua livre escolha submeter-se ou não a qualquer espécie de tratamento. O tratamento é oferecido, jamais imposto.

Sobre esse artigo, leciona Luiz Flávio Gomes que é premissa à indicação de tratamento que o usuário seja dependente (2006, p. 139). Nesse ponto, não podemos concordar, pois o usuário poderá ser meramente viciado, mas, havendo interesse no tratamento, a ele também deverá ser oferecida ajuda gratuita.

Pode-se afirmar que o tratamento não é uma sanção imposta ao usuário; ao reverso, servirá como mais um mecanismo para a sua proteção. O tratamento como imposição só é vislumbrado nos casos em que houver prática de crime por dependente. Isto

porque os arts. 45 e 47, que impõem o tratamento médico, estão dispostos no Capítulo III da Lei nº 11.343/2006 que se refere aos crimes de tráfico, sendo, por conseguinte, completamente incomunicável com o Capítulo II, referente ao mero usuário.

#### **4.2.1. Hipóteses em que, ao usuário, poderá ser aplicada pena restritiva de liberdade**

Poder-se-ia acreditar que, discutindo a temática do Capítulo II, encerrar-se-ia a investigação quanto à Nova Lei de Drogas e o Usuário. Mas a lei, no capítulo que trata sobre o tráfico, acaba, também, por referir-se ao usuário.

O Capítulo III da lei, que trata do crime de tráfico, cujas sanções são privativas de liberdade, refere-se a conduta tipicamente praticada entre usuários de drogas no §3º do art. 33. Fácil, inclusive, de perceber tal conclusão já que o próprio parágrafo ressalta que a pena ali culminada poderá ser aplicada em associação ao quanto dispõe o art. 28, que trata, especificamente, dos usuários.

Diferentemente da lei anterior, portanto, a atual inaugurou uma nova conduta típica, em cuja ocorrência poderá facilmente o usuário incidir. Vejamos o texto:

Art. 33 [...]

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

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. (BRASIL, 2006a).

Sob a vigência da antiga lei, omissa em face desta conduta narrada, a doutrina se dividia em enquadrar esta ação - oferecer, gratuita e eventualmente, droga a pessoa de seu relacionamento - em: a) tráfico, pouco importando o elemento anímico da

conduta, ou seja, a vontade do agente; e b) outros, em razão da ausência de finalidade lucrativa, preferiam subsumi-la à hipótese de porte para uso. Essa discussão agora se encontra pacificada com a clareza com que o tipo penal foi descrito.

Não nos resta dúvida que é comum, natural, principalmente quando diante de certos tipos de drogas, o uso compartilhado entre os usuários.

Apesar de compreensível, a posição adotada pela lei, não é aceitável ou justificável em todas as circunstâncias. Compreensível, porque, apesar da significativa alteração do tratamento imposto ao usuário, o ordenamento jurídico não passou a considerar o consumo pessoal, lícito. Preferiu prosseguir, em certa medida, com a política antidrogas. Obviamente, a oferta de drogas a um indivíduo que nunca utilizou tais substâncias deve ser rechaçada; entretantes, se a pessoa a quem se oferece já é usuário e, pois, nenhuma lesão ou risco adicional a ela estará sendo imputado, onde estaria a conduta anti-jurídica? Tratar-se-á de escolha já realizada pelo indivíduo, diferentemente do que seria imaginar inaugurar a experiência de outra pessoa. E sobre o direito à liberdade não foi omissa a lei: “Art. 4º. São princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD): I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade [...]” (BRASIL, 2006a).

Assim, o simples ato de oferecer, gratuitamente, droga a alguém não poderia implicar, sempre, em pena restritiva de liberdade. Mas não foi esta a decisão adotada pelo Congresso Nacional.

Por outro lado, a Nova Lei de Drogas, no §4º do art. 33, atenta à possibilidade de, eventualmente, vir o usuário a praticar tráfico, vislumbrou causas de diminuição de pena, fazendo clara distinção entre o traficante “profissional” e o “ocasional”. Assim,

sendo o agente primário, com bons antecedentes, não se dedicando à atividade criminosa nem participando de organização criminosa terá a pena reduzida de um sexto a dois terços. (BRASIL, 2006).

Na hipótese de haver concurso entre a conduta de usuário e a de tráfico, não só todo o procedimento a ser imputado ao suposto ofensor será o descrito para o segundo caso, como as sanções, também; esta é a inteligência do §1º do art. 48 da Lei:

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. (BRASIL, 2006a).

## **5. Bem jurídico tutelado pela nova lei de drogas**

Identificar e estudar o bem jurídico que pretende a norma criminalizadora salvaguardar é de fundamental importância, pois é nele que poderemos encontrar qual o interesse, seja ele individual, coletivo ou metaindividual, que se busca proteger.

A idéia de bem jurídico remonta ao período conhecido como Século das Luzes, ou período iluminista. Nessa época, se verifica, pela primeira vez, a tentativa de desassociar a idéia de crime das concepções ético-religiosas. Com isso, pretendia-se delimitar o poder do soberano em face da liberdade individual. (SMANIO, 2004).

Binding, então, afirma que o bem jurídico é o objeto da norma jurídica, que seria a proteção daquele, compreendido como “tudo aquilo em cuja manutenção inalterada e incólume o Direi-

to positivo [...] têm um interesse” (apud DA SILVA, 2003, p. 164). Entrementes, foi apenas com von Liszt que o bem jurídico alcançou o status de fato gerador da norma jurídica. Assim, para o autor, o bem jurídico existiria antes mesmo da norma, porque seu criador seria a própria vida e não o ordenamento jurídico de determinado lugar. A norma passou a ser concebida como um instrumento social de proteção aos bens jurídicos. (apud DA SILVA, 2003, p. 165).

Pode-se afirmar que bem, ou interesse jurídico, seriam todos os estados pessoais, as utilidades e relações interpessoais que se julguem necessárias de proteção, pois importantes para a sobrevivência e o desenvolvimento humano, bem como para garantir o convívio em sociedade.

É importante ressaltar que o Direito Penal cuida apenas dos bens jurídicos considerados essenciais ou relevantes, de tal forma que se justifique a sanção penal, em razão mesmo de ser esta a *ultima ratio*.<sup>3</sup>

Apesar de inexistir um consenso acerca da definição de bem jurídico, parece existir um acordo quanto a sua importância, como premissa mesma da norma tipificadora. Assim é que só poderia existir crime enquanto lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.

Seguindo esta esteira, é que Marcelo Rodrigues da Silva afirma que o Estado Democrático de Direito não permite a criação de leis penais destinadas a regulamentar condutas meramente comportamentais desvinculadas de bens jurídico-penais. (2003, p. 179).

Dessa maneira, independentemente do advento da Nova Lei e da discussão sobre a descriminalização ou não do uso de drogas, mister se torna analisar qual é o bem jurídico que o direito penal visa proteger, ao proibir e sancionar, penalmente, as condutas típicas do usuário de drogas.

O tipo penal que descreve a conduta do usuário de entorpecentes se encontra no Capítulo III, do Título VIII, do CP, atinente aos Crimes contra a Saúde Pública. O bem jurídico, portanto, lesionado pelo usuário de drogas seria a Saúde Pública. Não há dúvidas que proteger a saúde da coletividade é um interesse de fundamental importância. Cabe, todavia, indagar se as condutas descritas no art. 28 da “Nova Lei de Drogas” são realmente hábeis a gerar uma lesão à Saúde Pública.

Quando se fala em Saúde Pública, logo se percebe que não se trata de interesse ou bem jurídico individual, é a saúde da coletividade, tratando-se, portanto de bem supra-individual, considerado como aqueles cujos titulares são sempre plúrimos, sendo impossível identificá-los, individualmente. O bem pertence a todos e a ninguém, como diria Cappelletti, pois é a coletividade que a titulariza.

Qual ato do usuário poderia gerar uma lesão à saúde da coletividade, se apenas seu corpo é atingido pelas conseqüências lesivas das substâncias?

Ao ler os demais tipos penais incertos no capítulo atinente à Saúde Pública, verificam-se exemplos concretos de condutas que, realmente, atingem a saúde coletiva, em flagrante contradição com o ato do usuário. Cita-se: epidemia<sup>4</sup>, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, invólucro ou recipiente com falsa indicação<sup>5</sup>, exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica.

Assim, sem haver lesão ao bem jurídico Saúde Pública, será que, ao tipificar a conduta do usuário não se estaria infringindo o princípio da lesividade?

Pelo princípio da lesividade, é indispensável que se demonstre a lesão de um bem jurídico para que se legitime uma sanção penal. Todavia, o usuário de “drogas”, subsumindo-se em todos os verbos descritos no art. 28, não é capaz de gerar lesão à Saú-

de Pública. Trata-se, na verdade, de autolesão, de liberdade de escolha, portanto.

Os defensores da criminalização do uso de drogas argumentam que o uso dessas substâncias desencadeia um perigo à coletividade, em razão da alteração de consciência do usuário. Registre-se, inicialmente, que se trata de mero perigo abstrato, pois do uso não decorre, necessariamente, uma situação de perigo - trata-se de mera possibilidade.

Ainda que a tipificação de atos que geram perigo abstrato seja cada vez mais comum nos ordenamentos jurídicos, em especial, em razão das novas relações estabelecidas pela sociedade tecnológica e da necessidade de proteger a sociedade das novas formas de lesões, parece contraditório inserir o consumo de drogas como dentre as hipóteses que mereceriam tratamento penal.

Ao sopesar os bens envolvidos - segurança abstrata da coletividade e autonomia do indivíduo - este último deve prevalecer, pois, rechaçá-lo, significa priorizar algo não palpável em detrimento de um direito fundamental.

Deve-se acolher a figura do usuário como alguém responsável pelos seus próprios atos; isto, de um lado, dignifica aqueles que já fazem este uso consciente e facilita a aproximação com aqueles que já perderam o controle sobre si mesmo ou que desconhecem os malefícios do uso. Ao não criminalizar o outro, deixa-se de ter uma visão pejorativa do usuário, diminuindo as situações de discriminação, marginalização e abandono. A população deve buscar formar um todo comprometido com as questões individuais e coletivas e, para tanto, é necessário que se respeitem as diferenças. Sociedades que comportam indivíduos conscientes tendem a um convívio harmônico, pois pautado no mútuo respeito.

É uma opção econômica e política entender como devida ou não a utilização de determinadas substâncias. Assim é que al-



gumas são legais e até mesmo servem como subsídios ao convívio e às relações em sociedade, mesmo desencadeando severas alterações na consciência, como é o caso do álcool, enquanto outras, por seu turno, são proibidas.

É certo que a sociedade poderá rechaçar, em certa medida, as condutas descritas no art. 28, já que, de fato, existe um perigo abstrato em se fazer o uso de drogas. Mas, deve-se tratar de mera limitação ao modo e local de uso, jamais de completa proibição.

## Notas

- <sup>1</sup> Mestra pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
- <sup>2</sup> Expressão posta por Karl Binding, que, nos termos de Paulo Queiroz (2003), seriam as normas penais incriminadoras, que dependem de complementação (expressa ou tácita) por meio de outra norma, geralmente, de nível inferior, de modo a precisar-lhe o significado e conteúdo exatos ou, nas palavras de Pablo Rodrigo Alfen da Silva, aquelas que mediante técnica de remissão confiam a outro dispositivo tão somente a especificação (individualização) da matéria de proibição (2003, p. 24).
- <sup>3</sup> “Se por um lado temos a restrição da tutela penal a bens jurídicos penais, e por outro temos a subsidiariedade desta tutela, a conclusão natural a que devemos chegar é de que o Estado e seus aparelhos de controle da criminalidade devem intervir o menos possível, e na medida exata para possibilitar a manutenção do funcionamento da sociedade” (DIAS, 1999, p. 81 *apud* DA SILVA, 2004)
- <sup>4</sup> “Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos”
- <sup>5</sup> “Art. 275 - Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada”.

## Referências

DA SILVA, Pablo Rodrigo Alfen. A problemática das leis penais em branco face ao direito penal do risco. **Revista de Divulgação Científica da Ulbra / São Jerônimo**, v. 2, n. 1 jan/jun, 2003a.

DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 11, n. 45, out /dez, 2003, p. 159-183.

DA SILVA Nome?. Tutela Penal dos interesses difusos. **Procon**. Disponível em [http://www.procon.go.gov.br/artigodoutrinario/artigo\\_dout\\_111.htm](http://www.procon.go.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_111.htm). Acesso em: 28 nov. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GORNIK, Eric. **Aspectos farmacoetinobotânicos da argyreia nervosa**. (Graduação em Ciências Biológicas) - Faculdade de Ciências Biológicas, Faculdade de Tecnologia e Ciências, Salvador, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 7.

QUEIROZ, Paulo. Leis penais em branco e princípio da reserva legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 28 nov. 2007.