

A necessária distinção objetiva entre o traficante e o usuário na Lei de Drogas



Simone de Alcantara Savazzoni

Doutoranda em Filosofia do Direito e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Penal na Escola Paulista de Direito – EPD. Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO: O uso de drogas permeia cada vez mais a sociedade e provoca, ainda nos dias atuais, ferrenhos debates sobre quais seriam as melhores formas de se lidar com isto: adoção de uma política criminal ainda mais rigorosa, ou uma política humanitária, voltada para a proteção e cuidado com o usuário. No meio deste embate, surgem demandas pela descriminalização do uso de drogas com base na autonomia da vontade e no respeito a direitos constitucionais como o da liberdade, intimidade e privacidade. Ante tudo isso, urge a questão: na legislação em vigor há uma frágil distinção – carente de critérios objetivos – entre traficante e usuário, que deveria ser posta na ordem do dia, mas acaba se perdendo neste universo de controvérsias e mudanças sociais e jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.343/2006. Drogas. Quantificação. Usuário. Traficante.

ABSTRACT: The use of drugs reaches each day greater visibility in society and currently enhances strong discussions about which would be the best ways to deal with such subject: adoption of a criminal police is even more competitive or is human related it is driven to protection and care towards the user. Among such a discussion, there may be issues raised such as decriminalization based on autonomy will and on constitutional rights such as freedom, intimacy and privacy. Upon all that, there is an issue raised: in legal terms it is in place a fragile distinction – in need of objective criteria – between a user who is drug trafficker should be positioned in the order of the day, but it ends up being lost in such a universe surrounded by questioning and social or legal changes in place.

KEYWORDS: Law nº 11.343/2006. Drugs. Quantification. User. Drug trafficker.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Falha congênita na Lei nº 11.343/2006. 3. Conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006: norma penal em branco. 4. *Novatio legis in melius* para o usuário: uma tendência. 5. A tipificação do porte de drogas para uso pessoal: quantificar resolve? 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução.

O uso de drogas, que permeia cada vez mais nossa sociedade, tem pauta garantida na mídia e reverbera nos grupos sociais que lidam diretamente com esta questão, como médicos, psicólogos, educadores, assistentes sociais, operadores do direito e a polícia. Embora seja universal e milenar a prática humana de consumir drogas, a sociedade contemporânea – sustentando o discurso do último século – ainda condena quase que de forma absoluta o seu uso.¹

Entretanto, existem diferenciações facilmente observadas no perfil dos usuários. Com base nisto, a UNESCO, em estudo de 2009, classificou-os em quatro tipos, a saber:

(...) o experimentador, que experimenta um ou vários tipos de drogas, mas seu contato se restringe às primeiras experiências; o ocasional, que utiliza uma ou várias drogas de vez em quando, sem, no entanto, apresentar dependência; o habitual, que faz uso frequente, mas ainda “funciona” socialmente; e o dependente (chamado também de “toxicômano”), que vive pela e para as drogas e seus vínculos sociais são por elas bastante prejudicados ou até mesmo rompidos.²

E, para definir essa dependência química, a Organização Mundial da Saúde apontou os seguintes critérios:

(...) é necessário considerar a quantidade, a frequência do uso e pelo menos três dos seguintes sinais: compulsão, consciência da dificuldade para controlar o uso, uso para atenuar sintomas de abstinência, evidência de tolerância, consumo em ambientes não propícios ou a qualquer hora, perda de prazeres ou interesses, retorno ao uso de drogas após período de abstinência com reinstalação do quadro anterior e persistência do uso em detrimento das evidências danosas.³

Essa é uma avaliação importante porque somente o usuário dependente de drogas causa o impacto na saúde pública e na sociedade e leva o senso comum (aquele que impera) à condenação da utilização de qualquer tipo de substância entorpecente, por qualquer pessoa, de qualquer forma e em qualquer quantidade.

O julgamento e a condenação sociais ocorrem essencialmente em razão da incapacidade que o toxicômano – aquele que é radicalmente dependente químico – demonstra em participar normalmente da sociedade e, bem assim, do “prejuízo social” que causa.

Somado a isto, como expressão máxima desta desaprovação social, a conduta é ainda criminalizada pela legislação brasileira porque por detrás dela, e numa relação de retroalimentação, está o tráfico, que é um dos mais inquietantes, se não o mais grave problema de segurança pública enfrentado na atualidade pelo Estado.⁴

1 Há países em que o consumo e até mesmo a venda e a produção de determinado tipo de drogas é legalizado, como a Holanda, a Espanha e alguns estados dos Estados Unidos. Mais recentemente o Uruguai ganhou destaque por ser o primeiro país latino-americano a legalizar o uso da maconha. (VEJA como é a legislação relativa a maconha em outros países. *GI*, São Paulo, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/veja-como-e-legislacao-relativa-maconha-em-outros-paises.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.)

2 EIRO, Cynara Teixeira. Que lugar para as drogas no sujeito? Que lugar para o sujeito nas drogas? Uma leitura psicanalítica do fenômeno do uso de drogas na contemporaneidade. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982009000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2014.

3 *Ibidem*.

4 Guilherme de Souza Nucci explica que em relação ao porte de droga: “o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade. Não se pune o porte da droga para uso próprio, em função da proteção da saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade.” O autor assevera que a Saúde Pública é o objeto jurídico de proteção da Lei nº 11.343/2006. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.)

Este posicionamento não é, contudo, unânime. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal tem sido defendida por uma grande maioria dos atores sociais envolvidos nesta questão: em grande parte pelos juristas e pela sociedade civil (representada por entidades e associações), havendo uma resistência maior por parte da comunidade médica.

Os juristas argumentam de um lado que a criminalização do porte de droga para o consumo próprio, prevista na Lei nº 11.343/2006, ofenderia a Constituição Federal, já que o consumo de drogas oferece perigo apenas à saúde do usuário, dizendo respeito às suas opções pessoais, à sua intimidade, privacidade e liberdade.

Além disso, uma significativa parcela dos juristas entende que a criminalização do porte de drogas para consumo próprio afronta o princípio da alteridade, isto é, o princípio de autonomia de vontade da pessoa, na medida em que pune conduta inofensiva a bem jurídico do indivíduo, ferindo diretamente o seu direito fundamental à liberdade, constitucionalmente assegurado, já que – sendo considerada como conduta criminoso e, portanto, jurídica (e socialmente) proibida –, retira do indivíduo a prerrogativa inalienável de gerir sua própria vida da maneira que melhor lhe convier.

(...) a alteridade é pressuposto de legitimidade da atuação do direito penal –, criou-se, na jurisprudência, uma justificação que pode ser definida como um salto triplo carpado hermenêutico. Convencionou-se, no discurso jurídico, que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal justificar-se-ia em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública. A proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância. Em outras palavras, o porte para consumo pessoal teria a função de tornar possível a repressão ao tráfico de drogas, afinal, não haveria comércio clandestino se não houvesse mercado consumidor.

(...) Para além da demonização de certas substâncias, não é mais possível à ciência jurídica ignorar a existência de um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do consumo e a proteção jurídica à saúde pública: se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual. Não há alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a atuação do Direito Penal. *Nullum crimen nulla poena sine iniuria*.⁵

Neste aspecto a criminalização do uso de drogas é tida como uma invasiva e moralista intervenção estatal.

Se em direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio, quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (...). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito o que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).⁶

Estes argumentos relativos à defesa da autonomia da vontade para que o indivíduo se autodetermine não são sustentados apenas pelos juristas, pois têm ressoado em toda a sociedade, em outras áreas:

A psicanálise também concorda que “nem todo consumo de drogas deve ser enquadrado na condição mórbida para a qual se criou uma profusão de denomi-

5 MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal:-a-ilegitimidade-da-interven%C3%A7%C3%A3o-penal>. Acesso em: 28 abr. 2014.

6 GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. Coleção Ciências Criminais, Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 174.



nações: drogadição, dependência, vício ou toxicomania” (PACHECO FILHO, 1997/1998, p. 132). E, sendo assim, considera que “é preciso diferenciar os simples usos de estupefacientes de um imperativo de tratamento do organismo por um tóxico, quando este se torna o único meio de conservar, a cada dia, um corpo ao abrigo de uma dor intolerável” (KAUFMANN, 1996, p. 542).⁷

E é com base nesses direitos – da autodeterminação, liberdade, privacidade e intimidade – que têm surgido na sociedade questionamentos quanto à generalização, à conduta proibitiva do uso de drogas e, conseqüentemente, quanto à possibilidade de descriminalização.

7 EIRO, Cynara Teixeira. Que lugar para as drogas no sujeito? Que lugar para o sujeito nas drogas? Uma leitura psicanalítica do fenômeno do uso de drogas na contemporaneidade. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982009000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2014.

Mas, deve-se demarcar que há divergência de opinião a respeito deste assunto, razão pela qual a criminalização ou não do uso de drogas tem ocupado a pauta do Legislativo nos últimos meses, marcados pelas propostas de mudança na legislação.

Os médicos dissidentes da opinião de descriminalização, em sua grande maioria, apontaram para um possível aumento do consumo em face da provável redução da percepção de risco – principalmente por parte dos adolescentes –, com isso o aumento dos danos à saúde⁸ e, conseqüentemente, impactos na saúde pública.

O último capítulo que se desenlaçou desta história, deu-se no final do mês de maio de 2014: houve uma audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, a fim de debater a descriminalização,⁹ e nitidamente se demarcou uma inclinação à alteração da legislação para que o uso de drogas seja definitivamente encarado mais como uma questão de exercício de liberdades individuais (já que o consumo não afetaria à sociedade), e menos como um assunto de saúde e segurança públicas.

Contudo, não se pretende neste artigo discutir ou mesmo tomar posição a respeito

8 A médica Analice de Paula Gigliotti, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, em audiência Pública realizada no Senado Federal, apontou custos da descriminalização, sendo o aumento do consumo o maior deles. A médica afirmou não haver informações suficientes para embasar mudanças na legislação e sugeriu a realização de pesquisas que possam subsidiar as decisões. Observou, em analogia ao cigarro, que, em 1998, 35% dos brasileiros eram fumantes, e o índice caiu para 13% hoje, resultado das medidas restritivas adotadas, como a proibição de fumar em locais públicos, e de campanhas antitabagismo. (AGÊNCIA SENADO. Apoio à descriminalização do porte de droga para consumo pessoal prevalece em debate. *Portal de Notícias*, 20 maio 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/20/apoio-a-descriminalizacao-do-porte-de-droga-para-consumo-pessoal-prevalece-em-debate>>. Acesso em: 25 maio 2014.)

9 “Na presidência do debate, o senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) detalhou mudança que apresentou ao artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza o porte de droga. O parlamentar é relator do PLC 37/2013, que reformula a lei. O texto tramita na CCJ”. (*Ibidem*)

da descriminalização ou não, apenas aproveitar o ensejo para analisar um problema antigo, mas ainda persistente na legislação que trata do tráfico e do consumo entorpecentes, qual seja, a necessária distinção entre o traficante e o usuário.

2. Falha congênita na Lei nº 11.343/2006.

A Lei de Drogas, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), e que foi recentemente alterada pela Lei nº 12.961, de 4 de abril de 2014, traz grandes avanços no que diz respeito à uma política criminal de combate às drogas, mas possui, desde seu nascedouro, um grave problema quanto à distinção entre usuário e traficante.

Por um lado, houve grande avanço no sentido de uma política criminal de justiça terapêutica, mais humanitária que a da legislação anterior, já que a lei determina que não cabe em hipótese alguma a condenação do usuário à pena privativa de liberdade, embora a conduta de possuir ou portar droga para seu próprio uso continue sendo tipificada como crime.¹⁰

Este direcionamento, observado na Lei nº 11.343/2006, veio ao encontro da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas,¹¹

10 “Parece-nos, como regra geral, medida salutar, pois o usuário habitual ou eventual da droga, por si mesmo, não representa à sociedade um real perigo, muito embora se possa dizer que ele, ao comprar e fazer uso de entorpecentes, estimula o tráfico, o que não deixa de ser verdadeiro”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 298.)

11 “A ‘Convenção Única sobre Entorpecentes’ (1961), o ‘Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas’ (1971) e a ‘Convenção de Viena’ (1988) formam a tríade de convenções entabuladas na ONU que sedimentam o paradigma proibicionista, repressivo e de intolerância à produção, ao comércio e ao consumo de entorpecentes”. (CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas)

assinada em Viena, em 21 de fevereiro de 1971, aprovada pelo Decreto nº 79.388/1977 e, anteriormente pelo Decreto Legislativo nº 90/1972. O texto da convenção, em seus artigos 20 e 22, elucida:

Art. 20. (...)

1. As partes tomarão todas as medidas viáveis para impedir o abuso de substâncias psicotrópicas e para a pronta identificação, tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social das pessoas envolvidas, e deverão coordenar seus esforços para tais fins.

Art. 22. (...)

1. a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade. b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 20.

Por outro lado, a referida lei deixou de trazer critérios objetivos, claros, determinados, quanto à relação entre a quantidade de droga apreendida e a sua devida tipificação – se para uso pessoal ou se destinada ao tráfico –, dando ensejo a uma grande margem de discricionariedade de seu intérprete, gerando insegurança jurídica.

recurso-extraordinario-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 28 abril 2014.)

Denota-se, desta maneira, uma grande diferença entre a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que caracteriza a conduta do usuário, e que é considerado um crime de ínfimo potencial ofensivo,¹² em contraposição à conduta prevista no artigo 33 da mesma lei, que descreve a atividade do traficante, e que é apenada com ainda maior rigor na Lei de 2006 do que na legislação anterior.

No núcleo do tipo do crime cometido pelo usuário (art. 28 da supracitada lei) constam as condutas de: “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” ou “trazer consigo” droga – para consumo pessoal. Difere este crime previsto no artigo 33, justamente em face da finalidade específica do agente, qual seja, o consumo próprio.¹³

Já na descrição do tipo do artigo 33, identifica-se como núcleo os verbos “importar”, “exportar”, “remeter”, “preparar”, “produzir”, “fabricar”, “adquirir”, “vender”, “expor à venda”, “oferecer”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar”, “prescrever”, “ministrar”, “entregar a consumo”, “fornecer”, do que se verifica que as condutas do traficante são em número bem mais extenso do que as previstas para o usuário, mas coincidentes em alguns casos.

É em razão desta coincidência de parte do núcleo destes dois tipos e, principalmente, da dificuldade em se constatar de forma objetiva se a droga encontrada com o sujeito é ou não para consumo próprio, que pode surgir, durante o inquérito policial, ou durante a ação judicial, problemas para a correta tipificação,

seja como traficante, seja como usuário.

A gravidade desta discussão reside exatamente no fato de, por falta de uma previsão legal expressa sobre a quantidade de substância entorpecente que caracterize uma ou outra conduta (sendo a tipificação realizada pelo reconhecimento policial ou judicial com o preenchimento de quesitos subjetivos), haver a possibilidade de enquadramento de um usuário como traficante, e mais grave – e costumeiramente – a busca da desclassificação desta infração penal por parte de muitos traficantes, tese utilizada reiteradamente como argumento de defesa.

O fato do crime de consumo de drogas ser considerado crime de ínfimo potencial ofensivo, faz com que, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais seja aplicada a pena privativa de liberdade. Esta situação invariavelmente gera desconforto, tanto porque instiga uma certa insegurança jurídica, quanto porque fomenta uma insegurança social.

No encalço de uma solução parcial, a Comissão Especial de Juristas que elabora o anteprojeto do novo Código Penal, em 28 de maio de 2012, aprovou a descriminalização do uso de drogas no país, fazendo constar do texto do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 236/2012.

Pelo texto, salvo prova em contrário, seria presumido que se destina a uso pessoal uma quantidade de substância entorpecente encontrada com o usuário que represente consumo médio individual de cinco dias.¹⁴

O PLS nº 236/2012 segue tramitando do Senado Federal, sendo seu texto alvo de

12 “Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada a pena privativa de liberdade. O máximo que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência a curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.)

13 *Ibidem*, p. 303.

14 Adiante será explicado este critério de quantificação. (AGÊNCIA SENADO. Descriminalização de drogas até limite de consumo pessoal é aprovada por juristas. *Portal de Notícias*, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>>. Acesso em: 25 maio 2014.)

constantes debates não somente em relação à descriminalização, mas também à uma nova proposta que torne mais clara a distinção entre traficante e usuário.

Necessário não perder de vista que a preocupação com o tráfico e o uso de drogas no território nacional perpassa o âmbito jurídico, não se trata tão somente da infringência de um ditame legal, do cometimento de um crime, mas se deslinda também e, principalmente, em uma questão de cunho social, abarcando a segurança pública, a saúde pública, aspectos que interessam aos governos locais e nacional.

3. Conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006: norma penal em branco.

O tipo penal descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, porquanto dependa de um complemento a lhe dar sentido e condições de aplicação, no caso a determinação regulamentar, é considerado uma norma penal em branco.¹⁵

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 (...).

Sendo uma norma penal em branco, a lei antitóxicos depende da regulamentação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão governamental vinculado ao Ministério da Saúde, no que diz respeito à definição de quais são as substâncias entorpecentes proibidas.

A ANVISA regulamenta as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial por meio da Portaria nº 344, de 12 de maio

de 1998,¹⁶ sendo esta portaria revisada paulatinamente: a última atualização foi dada pela Resolução da Diretoria Colegiada nº 39 da ANVISA, em 9 de julho de 2012.¹⁷

Embora esta regulamentação tangencie um problema importante, mas distinto da questão da quantificação, que aqui se discute, vale mencionar que a regulamentação do uso de substâncias psicotrópicas, ou de seus ativos para tratamento médico, tem sido levada a debate constantemente no âmbito do Legislativo e ainda é objeto de preocupação da sociedade civil e da mídia.

Também se verifica que o uso medicinal de substâncias psicoativas, ou seus derivados, esbarra na legislação brasileira, razão pela qual esta finalidade (além do uso recreativo) faz parte da pauta de alterações propostas para a legislação.

Há um movimento social significativo para que haja a liberação do uso medicinal de algumas substâncias, até então ilegais, como, por exemplo, os derivados da maconha que são utilizados com sucesso comprovado para tratamentos terapêuticos com escopo de minimizar os sintomas de determinadas doenças.

Entretanto, embora mudanças legislativas demorem a se operar, a sociedade tem sido atendida em seus anseios pelo Judiciário. E, assim, merece destaque decisão liminar, da Justiça Federal em Brasília, proferida no início do mês de abril de 2014, que abriu precedentes e inovou para determinar “que a ANVISA entregue à família de uma criança com epilepsia um medicamento a base de

15 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304.

16 ANVISA. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

17 ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 39, de 09 de julho de 2012. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/sngpc/Documentos2012/rdc39.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Canabidiol (CBD), derivado da maconha”.^{18,19}

4. *Novatio legis in melius* para o usuário: uma tendência.

As leis que antecederam a Lei nº 11.343/2006, e que foram por ela integralmente revogadas, davam cada uma tratamento distinto ao usuário e ao traficante de drogas, com critérios diferentes dos que existem na legislação em vigor.

A Lei nº 6.368/1976 apenava com detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa o usuário de drogas.

Já a Lei nº 11.343/2006 prevê para o usuário a pena de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e, ainda, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Observa-se, desta maneira, que a manutenção da criminalização do usuário, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, tem o intuito de coibir o uso de drogas, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes, conforme se deduz da leitura do preâmbulo e do artigo 1º desta lei.²⁰

18 “Com o uso do medicamento, indicado por um médico, a menina, de quatro anos, deixou de sofrer até 80 crises convulsivas por semana. Com indicação médica, a família da menina vinha comprando o remédio – que não tem registro no Brasil – pela internet, de forma clandestina, em importações individuais. Na compra mais recente, a ANVISA reteve o produto e cobrou explicações da família, que entrou com pedido de liberação na Justiça [...] É o primeiro caso do Brasil (com a substância) e abre um precedente muito importante. Tenho convicção de que pode servir de referência para outros tratamentos”. (PIERRY, Flávia. Decisão na Justiça obriga Anvisa a liberar tratamento com derivado da maconha. *O Globo*, 03 abr. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-na-justica-obriga-anvisa-liberar-tratamento-com-derivado-da-maconha-12084313#ixzz349bxAQI5>>. Acesso em: 05 maio 2014.)

19 JF/DF. 3ª Vara Federal. Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anvisa-maconha.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

20 “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;

Vê-se que, em razão do atendimento à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas supramencionada, a tendência tem sido um abrandamento do apenamento do usuário, tendo sido ele considerado, a cada dia mais, como um indivíduo que merece tratamento e cuidado por parte da sociedade, do que um criminoso, transformando-se o consumo de drogas menos numa questão de segurança pública, e mais de saúde pública.

Evidencia-se, assim, a opção do legislador, a partir da Lei nº 11.343/2006, por uma política criminal de justiça terapêutica em relação ao dependente e usuário de drogas, sendo esta a maior inovação trazida pela lei, já que nas leis anteriores a conduta do usuário era altamente criminalizada.

Houve, portanto, em relação ao usuário, uma *novatio legis in melius*: foram extintas as penas de detenção (de 6 meses a 2 anos) e de pagamento de dias-multa (de 20 a 50), previstas no artigo 16 da Lei nº 6.368/1976, em prol de um tratamento mais humanitário, em que as penas cominadas visam essencialmente conscientizar o usuário sobre os efeitos negativos das drogas e, ainda, fazê-lo participar de medidas educativas e de prestação de serviços à comunidade (art. 28, I, II e III, da Lei nº 11.343/2006).

E, outrossim, é nesta direção que caminha o PLS nº 236/2012, pois a redação do novo texto legal prevê a exclusão do crime nos casos em que o agente adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal, bem como quando este semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo próprio (art. 212).²¹

Mas a novidade mais significativa para

define crimes e dá outras providências”. (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.)

21 SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 03 maio 2014.

o debate aqui proposto diz respeito à quantificação para a caracterização como consumo pessoal, que será abordada adiante.

5. A tipificação do porte de drogas para uso pessoal: quantificar resolve?

Em regra, no Brasil, sempre se adotou como critério para tipificação o *sistema do reconhecimento judicial ou policial*,²² em que cabe ao juiz, quando do julgamento da causa, ou à autoridade policial, no ato da apreensão da substância entorpecente, analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico.

O parágrafo segundo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece tão somente que:

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.

Por meio da leitura do dispositivo legal, verifica-se a grande discricionariedade dada ao intérprete e aplicador da lei – no caso em questão a autoridade policial e o juiz de direito – em razão da multiplicidade de fatores que cabe a ele auferir na hora da tipificação (natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições do fato, circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do réu).

Há de se considerar que, embora o *sistema do reconhecimento judicial ou policial* seja o sistema utilizado no Brasil, não é o único sistema legal possível de ser adotado: parte da doutrina penalista brasileira²³ – à qual



nos filiamos – defende o sistema da quantificação legal, sistema em que se definiria um *quantum* diário para o consumo próprio, excluindo-se o apenamento como tráfico caso este limite – claro, objetivo e definido – não tiver sido ultrapassado.

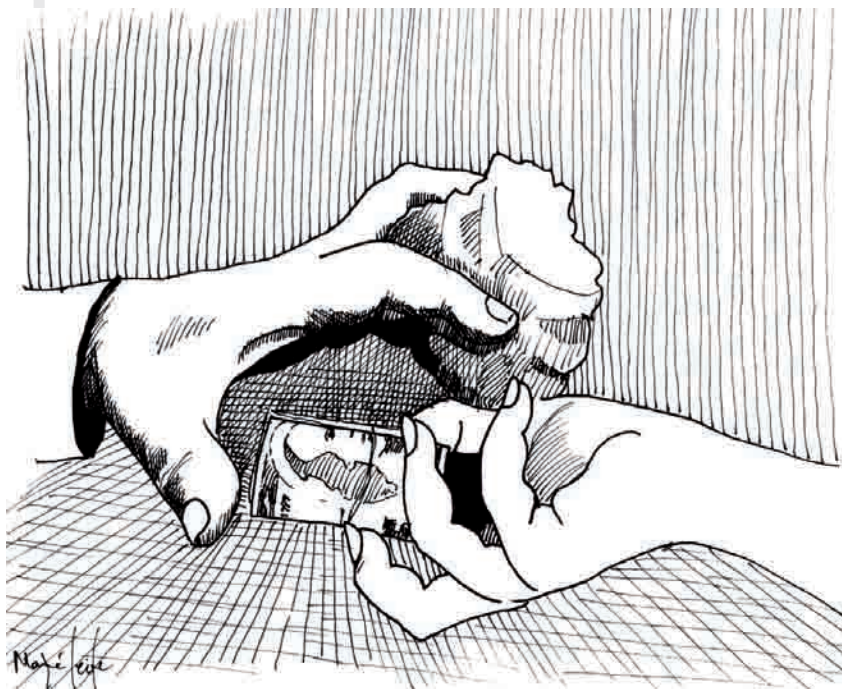
No esteio desse entendimento é que se situa a corrente que sustenta a descriminalização das drogas até o limite de consumo pessoal, que traz importante perspectiva, porquanto defende a necessidade da quantificação. É, inclusive, a proposta trazida pelo PLS nº 236/2012 – voltada para a descriminalização do uso de drogas.

Pois, então, se para descriminalizar é necessário quantificar, com maior razão não seria necessário quantificar para apenar?

Nesse sentido, o PLS nº 236/2012 manteve um parágrafo com redação bastante semelhante ao previsto no artigo 28 da lei vigente (excluindo a conduta e os antecedentes do agente apenas), mas somou a este um parágrafo em que dá maiores diretrizes para a configuração do consumo pessoal, vejamos:

22 GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.

23 Dentre os quais Luiz Flávio Gomes.



Art. 212. (...)

§ 3º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação bem como as circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§ 4º. Salvo prova em contrário, *presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias*, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.

Como mencionado em nota acima, o critério adotado para o uso pessoal – cinco dias – não é inovador, segue a regra da legislação de Portugal, que descriminalizou o porte de substância entorpecente que configure limite para 10 (dez) dias de consumo. A Relatora do tema na audiência pública ocorrida em maio de 2014, defensora pública Juliana Garcia Belloque, sugeriu que fosse adotado o mesmo critério adotado em Portugal, de dez dias de consumo, porém, a comissão optou por reduzir a quantidade para limite de consumo para

cinco dias.²⁴

A ideia primeira seria a de objetivar o quanto possível este critério para que haja menos chance de desqualificação do tipo na ação penal, atribuindo ao traficante a qualidade de usuário e esvaziando, assim, a possibilidade de sua condenação. Contudo, como de regra, o legislador brasileiro, deixou ainda em aberto a definição da quantidade, conforme o tipo da droga, por parte da autoridade administrativa de saúde, isto é, a ANVISA, que é o órgão competente para determinar quais são as substâncias tidas como

ilegais ou não.

Buscando compreender e objetivamente comparar as alterações ocorridas na legislação que trata do usuário de drogas, apresentamos quadro comparativo da legislação anterior, presente e da que está em tramitação no Congresso Nacional:

²⁴ AGÊNCIA SENADO. Descriminalização de drogas até limite de consumo pessoal é aprovada por juristas. *Portal de Notícias*, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>>. Acesso em: 25 maio 2014.

Quadro comparativo entre legislação de drogas.

Tipificação Usuário			
	Lei nº 6.368/1976 (revogada)	Lei nº 11.343/2006 (em vigor)	PLS nº 236/2012 (tramitando)
Tipificação	Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:	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. As mesmas medidas submetem-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.	Art. 212 (...) Exclusão do Crime § 2º. Não há crime se o agente: I - adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal; II - semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal
Penas	Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.	I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.	Não Há.
Distinção usuário x traficante	Não Há	§ 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. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação bem como as circunstâncias sociais e pessoais do agente. § 4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.

Fonte: elaborado pela autora.

6. Considerações finais.

Na atualidade, e em quase todo o mundo, está em debate “qual seria o modelo adequado para uma política de drogas justa, humana e eficiente”,²⁵ um dos questionamentos recorrentes é se esta política deve ser criminal, ou deve se restringir unicamente a uma política sanitária e, conseqüentemente, social.

Em uma reflexão a este respeito pode-se asseverar que o Direito Penal, no que tange ao tratamento do uso e tráfico das drogas,

(...) passou a influenciar decisivamente a intervenção punitiva: elevação das penas, sobrecarga do sistema de justiça criminal, métodos invasivos de investigação (delação premiada, infiltração de agentes, observação policial), antecipação prospectiva da punibilidade (compreensão abrangente de todas as possibilidades imaginárias de conduta de modo a alcançar todo e qualquer “impulso para a ação”), cooperação internacional, repressão à criminalidade organizada e ao lucro obtido com o delito por meio da incriminação da lavagem de dinheiro, enfim, “é dele que promanam o enrijecimento, a desformalização e a erosão dos princípios” do “moderno Direito Penal”, orientado para a intervenção.²⁶

Se deve haver menor ou maior intervenção por parte do Estado, se a política deve ser mais social e sanitária do que criminal, enfim, são muitas as discussões que proliferam e, pelo caminhar do debate, parece que estamos longe de tê-las respondidas.

Relevante é que, enquanto esteja em vigor a Lei nº 11.343/2006, e não haja a descriminalização total e completa do usuário de entorpecentes, seja adotado – de forma urgente – um critério objetivo de diferenciação entre o traficante e o usuário, como já se demonstrou viável no PLS nº 236/2012, por meio do critério da quantificação da substância entorpecente apreendida. Não é a solução final, nem ideal que se vislumbra, mas já haveria um avanço se tal critério fosse adotado, porquanto se para descriminalizar é necessário quantificar, com maior razão seria necessário também quantificar para apenar.

Dando resposta positiva a esta questão, no entanto, não é possível se dar por satisfeito, pois muito ainda há que se fazer no tratamento do tráfico e uso de drogas no Direito brasileiro.

25 EDITORIAL. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/280-Ed.-Especial-Drogas>. Acesso em: 28 abr. 2014.

26 *Ibidem*.

7. Referências.

AGÊNCIA SENADO. Apoio à descriminalização do porte de droga para consumo pessoal prevalece em debate. *Portal de Notícias*, 20 maio 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/20/apoio-a-descriminalizacao-do-porte-de-droga-para-consumo-pessoal-prevalece-em-debate>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Descriminalização de drogas até limite de consumo pessoal é aprovada por juristas. *Portal de Notícias*, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>>. Acesso em: 25 maio 2014.

ANVISA. Lista de substâncias de uso proscrito no Brasil. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/49d5ae804fb7cf5cae51ff9a71dcc661/Lista+de+subst%C3%A2ncias+proscritas+-+Port+344-98.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. *Boletim IBCCRIM* – Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordin%C3%A1rio-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 28 abril 2014.

EDITORIAL. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/280-Ed.-Especial-Drogas>. Acesso em: 28 abr. 2014.

EIRO, Cynara Teixeira. Que lugar para as drogas no sujeito? Que lugar para o sujeito nas drogas? Uma leitura psicanalítica do fenômeno do uso de drogas na contemporaneidade. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982009000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. Coleção Ciências Criminais, Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2499711/artigos-do-prof-lfg-traffic-ou-usuario-de-droga-depende-do-caso-concreto>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de drogas*. Direito penal. Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

JF/DF. 3ª Vara Federal. Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anvisa-maconha.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM* – Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal:-a-ilegitimidade-da-interven%C3%A7%C3%A3o-penal>. Acesso em: 28 abr. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIERRY, Flávia. Decisão na Justiça obriga Anvisa a liberar tratamento com derivado da maconha. *O Globo*, 03 abr. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-na-justica-obriga-anvisa-liberar-tratamento-com-derivado-da-maconha-12084313#ixzz349bxAQI5>>. Acesso em: 05 maio 2014.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 03 maio 2014.

VEJA como é a legislação relativa a maconha em outros países. *G1*, São Paulo, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/veja-como-e-legislacao-relativa-maconha-em-outros-paises.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.