

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA ANGELA MARTINS PEIXOTO

**PSICODEPENDÊNCIA E DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DA LEI 11.343/06, COM BASE NA
IDEOLOGIA CURATIVA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA
SAÚDE**

VITÓRIA
2017

MARIA ANGELA MARTINS PEIXOTO

**PSICODEPENDÊNCIA E DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DA LEI 11.343/06, COM BASE NA
IDEOLOGIA CURATIVA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA
SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Vitória, como requisito
para graduação em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Raphael Boldt

VITÓRIA
2017

RESUMO

Este trabalho dispõe sobre o tratamento legal assegurado aos psicod dependentes no Brasil, e utilizara para esse fim o método científico hipotético-dedutivo. Pretende averiguar se é possível adotar a ideológica curativa e não punitiva utilizada pela Organização Mundial da Saúde quanto ao psicod dependente no Direito Penal Brasileiro, tendo como foco a Lei Especial 11.343/06. Visa, ademais, esclarecer a natureza da toxicod dependência. Para mais, serão examinadas as políticas criminais já existentes quanto às substâncias químicas, analisando suas influências sobre a atual ideologia da Organização Mundial da Saúde. Por fim, objetiva compreender quais são consequências penais e os direitos assegurados ao toxicod dependente na Lei própria, verificando se alguma sanção penal é dirigida a esse sujeito. Dessa forma, a pesquisa incidirá sobre as disposições adotadas pelo Código Penal e pela Lei 11.343/06, verificando se estas são compatíveis com as adotadas pela Organização Mundial da Saúde. Para obter o resultado quisto, serão utilizados dispositivos legais, livros e artigos periódicos específicos sobre a temática drogas, doutrinas do Direito Penal e pesquisas relevantes.

Palavras-chave: Psicod dependência; Ideologia curativa não punitiva da Organização Mundial da Saúde; Lei 11.343/06.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 PRINCÍPAIS POLÍTICAS CRIMINAIS OCIDENTAIS	06
1.1 LEI E ORDEM.....	07
1.2 TOLERÂNCIA ZERO.....	09
1.3 ESQUEDA PUNITIVA.....	11
1.4 POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS.....	13
2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	16
2.1 LEGISLAÇÃO ANTERIOR: LEI 6.68/76.....	16
2.2 A REFORMA E CRIAÇÃO DA LEI 11.343/06.....	18
2.2.1 Mudanças no âmbito do usuário de substâncias psicoativas	22
2.2.2 Descriminalização da posse para consumo pessoal?	25
3 A PSICODEPENDÊNCIA	29
3.1 CONCEITO.....	29
3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA O PSICODEPENDENTE NO BRASIL.....	30
3.2.1 Tratamento jurídico e consequências penais	30
3.2.2 Direitos assegurados	34
3.3 FARMACODEPENDÊNCIA E DIREITO À SAÚDE.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O consumo de substâncias psicoativas é uma das grandes controvérsias do mundo contemporâneo. A partir do século XX, os governos começaram a se preocupar com essa questão, e passaram a adotar medidas proibitivas e sancionatórias ao uso de substâncias químicas. Entretanto, é imperativo que a maior parte dos países do globo não conseguiu solucionar ou melhorar essa questão.

Em um primeiro momento, a dependência era vista como falta de força de vontade ou de caráter, sendo severamente punida e repreendida. Mas, com o desenvolvimento das tecnologias e da neurociência, o conhecido sobre substâncias psicoativas e dependência avançou muito, de forma a modificar a concepção sobre a psicoddependência, que passou a ser classificada como transtorno cerebral.

Este, inclusive, é o atual entendimento da Organização Mundial da Saúde, que é contrária à punição dos psicoddependentes, diante de sua condição de doente mental. Este Órgão Mundial também prevê aos dependentes o direito à reintegração social, bem como o tratamento médico adequado, que deve ser assegurado igualmente à todos, uma vez que advém do direito universal à saúde.

Nesse sentido, esclarece a necessidade de serem disponibilizadas ao usuário medidas de prevenção e tratamento, que, inclusive, devem ser integradas ao sistema de saúde público local¹. Estabelece, assim, o dever estatal de oferecer tratamentos médicos aos dependes químicos, sem não atribuir nenhuma forma de punição sobre eles.

Diante do advento de novas políticas criminais ocidentais, principalmente com o surgimento da política de redução de danos, a ideologia da Organização Mundial da Saúde ganhou grande respaldo mundial, tendo sido adotada por várias nações. Entretanto, concomitantemente, a política militarizada norte americana da guerra às

¹Organização Mundial da Saúde. **Neurociências: consumo de dependência de substâncias psicoativas**. Genebra, 2004. Disponível em:<http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf>. Acessoem: 17 de abril 2017. p. 32, 33.

drogas foi difundida pelo globo e adotada pelos países da América Latina, que sofrem profunda influência dos Estados Unidos na adoção de suas políticas criminais.

Nesse sentido, foi positivada a Lei de nº 11.343/06² no Brasil, que adotou concomitantemente as tendências proibicionista e prevencionista, contraditórias entre si. Assim sendo, embora os delitos relacionados ao tráfico de substâncias tóxicas tenham sido mais severamente punidos, o consumo pessoal de drogas passou a ser sancionado com medidas alternativas e a pena restritiva de liberdade passou a ser proibida.

Ademais, além de prevenir a venda, a produção e o consumo das referidas substâncias, o Estado brasileiro adquiriu o dever de prestar tratamento ambulatorial, gratuito e especializado ao dependente, bem como de reintegrá-los à sociedade.

Entretanto, no “mundo do ser”, ou seja, faticamente, o uso de drogas é tratado como questão de polícia, de forma que a grande maioria dos surpreendidos pelas autoridades policiais com porte de substâncias ilícitas para consumo pessoal são levados à delegacia. Além disso, é inquestionável a inércia estatal na oferta de tratamento e na reinserção social do farmacodependente, tratados com total descaso pelo Poder Público.

Diante dos fatos enunciados, resta questionar: É possível aplicar a ideologia curativa e não sancionatória da Organização Mundial da Saúde quanto ao psicod dependente no ordenamento jurídico penal brasileiro ?

²BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

1 AS PRINCÍPAIS POLÍTICAS CRIMINAIS OCIDENTAIS

Ao longo da história existiram diversas políticas criminais, cada qual adequada às necessidades político-sociais de seu respectivo momento histórico. Houve grande alternância entre as políticas criminais, uma vez que os cientistas políticos buscavam assegurar melhores resultados e maior eficácia para o Direito Penal, criando novos modelo de pensamento criminal.

Conforme Nilo Batista, a política criminal é o conjunto de princípios e recomendações aplicados na legislação criminal e nas agências punitivas, com o objetivo de prevenir a reincidência, bem como o cometimento de novos ilícitos. A política criminal, portanto, atua no âmbito das políticas de segurança pública (ênfase na instituição policial), judiciária (ênfase na instituição judicial) e penitenciária (ênfase na instituição prisional).³

Dessa forma, a política criminal pode ser compreendida como o conjunto de medidas aplicadas concomitantemente nos âmbitos penitenciário, político e judiciário, a fim de eliminar e combater o delito. Apresentando, portanto, considerável relevância política, uma vez que “o Estado, ao monopolizar toda forma de reação contra o delito, necessitaria de orientações político-criminais como pauta programática das agências de punitividade”.⁴

Dessa forma, verifica-se que a política criminal auxilia o Estado na prestação da tutela jurisdicional, aconselhando-o sobre quais condutas devem ser criminalizadas, e sobre o modo como devem ser punidas, por meio da análise das condições sociais do crime.

A seguir, ocorrerá a explanação das principais políticas criminais ocidentais da atualidade, especificando suas características principais e o tratamento dado ao consumo de drogas.

³BATISTA, NILO. Introdução Crítica ao direito penal brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33

⁴CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 132.

1.1 LEI E ORDEM

Os Movimentos de Lei e Ordem (MLOs) surgiram na década de 1960, em resistência a contracultura, salvaguardando os princípios éticos, morais e cristãos ocidentais⁵. Essa ideologia maximalista acreditava que o sistema penal era o único meio capaz de combater o grande problema da sociedade, a criminalidade, de forma que o Direito Penal:

Deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminente educador e opressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem se ser reprimidas.⁶

Assim, todo comportamento antissocial ou imoral, independente de seu grau de relevância, deveria ser censurado pelo Direito Penal e transformado em infração penal.

Além disso, a mídia teve grande importância para esse movimento, pois legitimava a atuação de um Direito Penal forte e máximo, por meio da proliferação do medo e da insegurança. Nesse sentido:

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulso no meio social. Homicídios cruéis, estupros de criança, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução para todos os seus problemas.⁷

Dessa forma, os meios de comunicação noticiavam com grande ênfase os crimes mais violentos e brutos, a fim de incidir na sociedade um sentimento de insegurança, para posteriormente, trazer o Direito Penal e os novos tipos penais como os grandes

⁵Idibem, p. 85 e 88.

⁶GRECO, ROGÉRIO. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5 ed. Niterói: Impectus, 2010. p. 16.

⁷Idibem, p. 13.

salvadores. Verifica-se, portanto, a potencialização do papel simbólico desse ramo do Direito. O Direito Penal Moderno não possui como objetivo principal a resposta adequada ao injusto cometido, mas sim a prevenção de futuros ilícitos e grandes distúrbios sociais, possuindo verdadeiras qualidades empíricas.

Em síntese a “dialética da modernidade” converteu o Direito penal num instrumento de solução de conflitos, o qual, na percepção da opinião pública, não mais se distingue de outros instrumentos de solução de conflito [...] o Direito Penal acaba de transformando em soft law, uma lei branda, destinada a dirigir a sociedade.⁸

Assim sendo, a função simbólica do Direito moderno, adquirida por meio do abandono do padrão normativo e a aquisição de um modelo empírico, foi muito fortalecida pela política de Lei e Ordem.

Destarte, ocorre a “cisão da sociedade entre criminosos e não criminosos”⁹, identificados como um mero objeto de características negativas, ou como indivíduos não adaptados, o que justificava o endurecimento da punição atribuídas a eles, bem como o afastamento e a flexibilização das garantias processuais.

Assim, essa ideologia prioriza o combate ao crime, olvidando-se do investimento nas áreas sociais, como saúde e educação. Ademais, a punição dos pequenos desvios ocorre no âmbito das classes menos favorecidas, o que cria abismo entre as classes sociais. Ocorrendo, desse modo, a criminalização da pobreza, que gerou grande descontentamento.

Por conseguinte, desenrolou-se o “déficit de implementação”¹⁰ das leis penais, visto que suas funções não eram cumpridas, pois não havia eficácia na prevenção de novos ilícitos (função simbólica), bem como na própria função retributiva ao delito cometido. Além disso, a aplicação desses preceitos normativos simbólicos gera consequências jurídicas desiguais e injustas, porque: “quanto mais infrações penais,

⁸HASSEMER, Winfried. Características e crises do Direito Penal Moderno. In: _____. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Tradução de Felipe RheniusNitzke e Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. cap. 9, p. 251.

⁹CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 90.

¹⁰HASSEMER, Winfried. Características e crises do Direito Penal Moderno. In: _____. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Tradução de Felipe RheniusNitzke e Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. cap. 9, p. 255.

menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra”¹¹.

Esse quadro emblemático provoca enorme sentimento de impunidade, o que leva ao cometimento de novos delitos. Ademais, gera enorme revolta social, diante da ineficiência do Direito Penal e sua implícita seletividade, que foram elevadas pela política da Lei e Ordem. Resta claro, portanto, que o número excessivo de leis penais somente enfraquece esse ramificação.

Esta ideologia, portanto, acaba provocando o descrédito da legislação penal, que perde sua eficácia preventiva geral, provocando acréscimo do número de infrações penais aparentes. Assim sendo, o Direito Penal perde seu prestígio e valor social, “em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade”¹².

1.2 TOLERÂNCIA ZERO

A política criminal da Tolerância Zero foi implementada na década de 90 dos Estados Unidos, mais especificamente em Nova York, pelo então prefeito Rudolph Giuliani. Essa ideologia se baseou na “teoria das janelas quebradas” (brokenwindowstheory), formulada no ano de 1982 por James Q. Wilson, grande criminólogo conservador dos Estados Unidos, e George Kelling.¹³

A referida teoria sustentava que “a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos na via pública restringe o desencadeamento das infrações de maior monta, (re)estabelecendo um clima sadio de ordem [...]”¹⁴

Defendia-se, portanto, o combate as menores infrações (atos de mera desordem) como meio para combater a criminalidade e cometimento de novos ilícitos penais.

¹¹GRECO, ROGÉRIO. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5 ed. Niterói: Impectus, 2010. p. 15

¹²Idibem, p. 17

¹³WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 25

¹⁴WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2003. p. 435

Na prática, o governo da cidade de Nova York passou a penalizar gravemente a pequena delinquência, “como a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados ao costumes, simples ameaças e outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto”¹⁵.

Além disso, houve a penalização ativa do consumo de drogas e um grande combate aos pequenos traficantes e aos usuários de substância psicoativa, grupos considerados como inúteis socialmente e potencialmente perigosos, devendo ser combatidos e encarcerados. Outra medida fundamental dessa política foi a atuação proativa da polícia, área de maior investimento público. Nesse sentido, a administração de Rudolph Giuliani destinou as verbas de serviços sociais para segurança pública, deixando de lado o investimento social.

Outrossim, havia uma verdadeira perseguição aos menos favorecidos economicamente nos espaços públicos, a fim de reestabelecer a qualidade de vida dos nova-iorquinos de classes médias e superiores, além de acabar com o incômodo tenaz e a inconveniência causa pelas classes populares. Nesse sentido, “uma investigação levada a cabo pelo jornal New York Daily News sugere que perto de 80% dos jovens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem”.¹⁶

Resta claro, portanto, que as prisões ocorriam apenas no âmbito das classes mais baixas, sendo denominadas como “racial profiling arrest”¹⁷ (prisão por perfil racial). Esse quadro causou enorme revolta nas classes populares, reprimidas pelo mercado de trabalho, abandonadas pelo Estado, que negligenciou a área social, e o principal alvo da Tolerância Zero, de forma a sofrerem diversas prisões indevidas, além de restrições e violações arbitrárias. Esses grupos sociais, conseqüentemente, foram deixados totalmente à mercê pelo governo.

¹⁵WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 26

¹⁶Idibem, p. 26/28.

¹⁷WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 32.

Dessa maneira, diante da ação proativa da polícia e do altíssimo volume de prisões, essa política de encarceramento trouxe uma falsa sensação de segurança para as classes sociais mais abastadas. Além disso, a Tolerância Zero é eficaz mecanismo de controle policial e judiciário da pobreza, o que fez com que se tornasse uma política criminal mundial, com influência no México, Buenos Aires, Brasil, Alemanha, Itália, África do Sul e Nova Zelândia.

1.3 ESQUERDA PUNITIVA

Em geral, a política criminal esquerdista critica o caráter seletivo do Direito Penal, bem como sua atuação como mecanismo de controle social, sendo favorável a um direito penal mínimo.

Entretanto, nas décadas de 1970 e 1980, os grupos e as instituições de esquerda, defensores de direitos humanos de segunda e terceira geração, bem como das “minorias sociais”, passaram a reivindicar pela incidência da tutela criminal em suas causas, “tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal”¹⁸, lutando pela criação de novos tipos penais e pelo majoramento das punições já existentes. Nesse sentido:

Grupos de derechos humanos, de antirracistas, de economistas, de mujeres, de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos tipos penales; movimientos feministas exigen la introducción de nuevos delitos y mayores penas para los delitos contra las mujeres; los ecologistas reivindican la creación de nuevos tipos penales y ampliación la de los existentes para proteger el medio ambiente; los movimientos antirracistas piden que se eleve a la categoría de delito el trato discriminatorio; los sindicatos de trabajadores piden que se penalice la infracción de leyes laborales y los delitos económicos de cuello blanco; las asociaciones contra la tortura, después de criticar la condiciones existente en las cárceles, reclaman condenas de cárcel más largas para el delito de tortura.¹⁹

¹⁸ KARAM, MARIA LÚCIA. **Aesquerdapunitiva**. In. Criminologia. p. 79. Disponível em <<https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>>. Acesso em: 18 set 2017.

¹⁹ LARRAURI, **La Herencia de la Criminología Crítica**. Apud, CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143/144. Tradução: Grupos de direitos humanos, de antirracistas, de economistas, de mulheres, de trabalhadores, requeriam a introdução de novos tipos penais; movimentos feministas exigem a introdução de novos delitos e maiores penas para os delitos contra as mulheres; os ecologistas reivindicam a criação de novos tipos penais e a ampliação daqueles já existentes para

Dessa forma, esses movimentos populares passaram a compreender o Direito Penal como mecanismo de transformação social, sendo este capaz de proteger e garantir a efetividade dos direitos dos grupos sociais minoritários e, conseqüentemente, vulneráveis. Assim sendo, o objetivo primordial desses grupos é a salvaguarda da igualdade e de direitos civis, sendo a criminalização de condutas um meio para atingir esse fim.

Este modelo é extremamente desfavorável, uma vez que além de reafirmar a necessidade da criminalização dos delitos interindividuais, também defende a criação de novos tipos penais, ligados à proteção de bens jurídicos coletivos e transindividuais, o que causa enorme alargamento do sistema penal.

Além disso:

Desejando e aplaudindo prisões e condenações a qualquer preço, estes setores da esquerda reclamam contra o fato de que réus integrantes das classes dominantes eventualmente submetidos à intervenção do sistema penal melhor se utilizam de mecanismos de defesa, frequentemente propondo como solução a retirada de direitos e garantias penais e processuais²⁰

Assim sendo, sob o pretexto de efetivar direitos humanos e fundamentais, bem como de igualar o direito de defesa de todos os réus, independente de sua condição econômica, esse grupo defende a minimização das garantias penais e processuais penais. Esta medida, portanto, é extremamente prejudicial, pois legitima a violação de direitos e garantias dos cidadãos pelo Estado, atuando de forma antidemocrática e contrária ao Estado Democrático de Direito.

“Com a esquerda e direita aliadas na nova cruzada moral contra a criminalidade, obtém-se a intensificação das funções simbólicas do direito penal, gestando novo

proteger o meio ambiente; os movimentos antirracistas pedem que o tratamento discriminatório se eleve a categoria de delito; os sindicatos de trabalhadores pedem que a infração das leis trabalhistas e os crimes econômicos de colarinho branco sejam sancionados penalmente; as associações contra a tortura, depois de criticar as condições existentes nas prisões, reivindicam por condenações de pena privativa de liberdade mais longas para o delito de tortura.

²⁰KARAM, MARIA LÚCIA. **Aesquedapunitiva**. In. Criminologia. p. 80/81. Disponível em <<https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>>. Acesso em: 10 set 2017.

paradigma criminalizador: o populismo punitivo”²¹, que se baseia no discurso repressivo como fonte de prestígio popular.

Resta claro, portanto, o gravíssimo potencial criminalizar e violador de direitos e garantias fundamentais da Esquerda Punitiva, o que faz com que esta seja considerada como uma das política criminal mais desfavorável aos sujeitos passivos da relação jurídico-processual penal.

1.4 POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

Contrariando as políticas criminais expansionistas proibicionistas, surge a política de redução de danos a partir dos anos 80. Sua primeira aparição teórica se deu no Relatório Rolleston, na Inglaterra, em 1926. Entretanto, somente obteve aplicação prática no programa de troca de seringas utilizadas por novas, adotado pela Holanda na década de 1980, sendo posteriormente acompanhada por diversos países do globo, como Áustria, Reino Unido, Estados Unidos, França, entre outros.²²

Os cientistas políticos observaram que o Direito Penal máximo não cumpre a função preventiva geral, ou seja, não previne e reduz a ocorrência de condutas ilícitas. Ao contrário do ofertado nas enganosas propagandas dessas políticas, a criminalização de condutas e o aumento do número de prisões apenas promove o acréscimo do número de delitos praticados, bem como da própria reincidência, não promovendo uma reinserção dos indivíduos na sociedade.

Além disso, os defensores da Redução de danos concluem que a seletividade e desigualdade inerentes ao Direito Penal normalmente geram danos superiores ao do próprio delito cometido, de forma que esse ramo do Direito deve ser visto como um

²¹CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143.

²²GUADANHIN, Gustavo de Carvalho e GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de Drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 25, vol. 127, p. 263/294, jan 2017. p. 271/271

mal necessário, utilizado apenas nos casos em que for extremamente fundamental, sendo considerado como “última *ratio*”. Nesse sentido:

Confia-se, por conseguinte, ao direito penal uma dupla função de prevenção geral (dissuasão negativa): prevenção geral dos delitos e prevenção geral das penas arbitrárias e desproporcionadas. O direito penal, concebido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, e orientado para tutela desses direitos contra a violência arbitrária do mais forte, serviria, assim, à proteção dos mais débeis. Seria o código ou a lei do mais débil. Seria um mal menos diante do mal do delito, um mal menor diante de reações públicas ou privadas arbitrárias.²³

Assim sendo, essa política criminal defende um Direito Penal mínimo, que atua apenas no âmbito dos crimes mais graves, contra os bens jurídicos mais fundamentais. Além disso, busca a efetividade dos direitos humanos e o bom funcionamento do Estado Democrático de Direitos. Advogam, dessa forma, pela descriminalização das condutas que não causam prejuízo ou lesão a direito de terceiro, bem como daquelas consideradas como imorais.

Inserese, ademais, que a área de maior atuação da Redução de Danos é na política criminal das drogas ilícita. Destarte, o estudo realizado pelos cientistas políticos minimalistas sobre o proibicionismo das substancias psicoativas concluiu que:

Os maiores riscos e danos relacionados às drogas qualificadas como ilícitas provêm sim do proibicionismo. São danos aos direitos fundamentais, que estão a ameaçar a própria preservação do modelo de Estado Democrático de Direito. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que aproxima democracias de Estado totalitários.²⁴

Assim sendo, ficou verificado que a proibição cria danos maiores do que aqueles que pretende evitar, além de ser a própria causa da violência no entorno dos entorpecentes. Isso porque: favorece “o uso perigoso e insalubre dessas substâncias, contribuindo para disseminação de doenças entre grupos de risco, bem como a mortalidade por overdose, diante da péssima qualidade das substâncias

²³QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 61.

²⁴KARAM, MARIA LÚCIA. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. n. 65. p. 140, mar-abr 2007.

oferecidas”²⁵. Dessa forma, conclui-se que o consumo de drogas não deve ser criminalizado, a medida em que está conduta causa mais prejuízos que benefícios.

A política de redução de danos, nesse sentido, apresenta medidas eficientes e capazes de reduzir as consequências negativas do consumo exacerbado de substâncias psicoativas, assegurando ao usuário e dependente direitos sociais e individuais, tendo como foco principal a saúde e as condições sociais.

É, portanto, uma ideologia humanista que pretende diminuir os danos causados pelo uso de substâncias químicas, sem impor a redução ou proibição da utilização dessas substâncias. Dessa forma, não objetiva a abstinência, que apresenta difícil alcance prático, mas sim a promoção e garantia dos direitos humanos dos dependentes, considerados como sujeitos de direito integrantes da sociedade, e não “um objeto da tutela ou da repressão do Estado”²⁶.

Importante ressaltar que não há um modelo único de redução de danos, existindo diversas espécies adotadas na atualidade, visto que essa ideologia analisa e se molda às especificidades e vulnerabilidades do caso concreto, a fim de efetivar os direitos sociais e a saúde dos dependentes em condição de perigo social.

²⁵GUADANHIN, Gustavo de Carvalho e GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de Drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 25, vol. 127, p. 263/294, jan 2017. p. 283.

²⁶GUADANHIN, Gustavo de Carvalho e GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de Drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 25, vol. 127, p. 263/294, jan 2017. p. 269.

2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

No Brasil vigoraram inúmeros regulamentos acerca da temática substâncias entorpecentes, tendo ocorrido inúmeras substituições dos dispositivos legais, em virtude da dinâmica social. A dinâmica social provoca mudanças sociais, culturais, de política pública, de política criminal e o surgimento de novas concepções predominantes socialmente, o que torna a Lei vigente obsoleta, com necessidade de mudança.

Em um primeiro momento essa temática ficou prevista no art. 281 do Código Penal, sendo este modificado pela Lei de nº 4.451, posteriormente pelo Decreto-lei nº 385 e também pela Lei nº 5.726. Mas, diante da grande relevância mundial das substâncias psicodependentes, bem como do surgimento das políticas globais de “guerra às drogas”, houve a imprescindibilidade da criação de uma Lei Especial. Assim, em 1976 a Lei nº 6.368 desincorporou os delitos relacionados aos entorpecentes do Código Penal, criando uma legislação própria.

2.1 DA LEI 6.368/76 E 10.409/02

No âmbito do grande enfoque ao combate às drogas e da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas da Organização das Nações Unidas de 1971, foi criada a primeira Lei autônoma sobre o tema no Brasil, de nº 6.368/76. Além da repressão ao tráfico, prezava-se concomitantemente pela adoção de medidas de redução de danos, com os objetivos de garantir ao usuário e ao dependente melhores condições de vida, reduzir o consumo e, conseqüentemente, diminuir a ocorrência do próprio tráfico.

Nesse sentido, a legislação determinou que os psicodependentes fossem submetidos a medidas de ordem médica (não meramente punitivas), na forma do tratamento compulsório, por meio de internação hospitalar ou alternativas extra hospitalares. Ademais, a fim de conceder maior eficácia a esses preceitos, estipulou

a criação e adaptação de estabelecimentos próprios para tratamento dos dependentes dentro do Sistema Único de Saúde.²⁷

Ficou regulamentado, também, que os dependentes químicos que se encontrem encarcerados deveriam receber tratamentos ambulatoriais específicos dentro das Unidades Prisionais. Além disso, isentou o farmacodependente que, à época do delito, era inteiramente incapaz de qualquer forma de punição.

A vedação ao tráfico, fabricação, venda e plantação de substâncias ilícitas, foi prevista no art. 12 da referida Lei e recebeu gravíssima punição, com elevadas sanções, a fim de alcançar o objetivo de erradicar o tráfico e o consumo. A compra e o porte de substâncias tóxicas se tornaram delito autônomo, previsto no art. 16 da norma, modificando o antigo enquadramento do usuário e traficante na mesma figura penal.

Nesse aspecto, o mero consumidor de drogas passou a receber tratamento próprio e mais ameno, com baixa pena privativa de liberdade, que poderia ser substituída por penas restritivas de direito ou ser aplicado o benefício do sursis. Com isso, o usuário de entorpecentes passou a receber tratamento mais proporcional e equânime, mas, ao mesmo tempo, sua conduta permaneceu sendo criminalizada, conforme prescrevia a política de luta contra as drogas.

Diante das diversas transformações sociais, surgiu a necessidade da criação de uma nova Lei, sendo instituída no ano de 2002, com o nº 10.409. Mas, ante a existência de diversos “vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas”²⁸ no novo dispositivo legal, sua parte penal foi vetada, entrando em vigor somente a parte processual, correspondente aos capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal).

²⁷BARRETO, João de Deus LacerdaMenna.**Lei de tóxicos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas BASTOS, 1996. p. 9.

²⁸CAPEZ, Fernando. **As inovações da Lei de Drogas**. Acesso em: 12 out 2017. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/as-inovacoes-da-lei-de-drogas/>>.

Destarte, ocorreu em nosso ordenamento “situação anômala e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidade diversas”²⁹. A parte penal, referente aos capítulos I à III, estava atrelada a antiga Lei datada de 1976, enquanto a parte processual, capítulos IV e V, pertencia a nova Lei de nº 10.409.

2.2 A REFORMA E CRIAÇÃO DA LEI 11.343/06

Nesse contexto, ainda que novo preceito normativo tenha sido criado em 2002, conforme dito anteriormente, a parte penal permaneceu correspondente à antiga Lei, datada de 1976. Assim, havia grande defasagem conceitual e operacional na temática drogas dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro, visto que os tipos penais retrógrados não mais correspondiam a realidade político-social do país, o que demandava uma reformulação global do instituto.

Para mais, os Estados Unidos impuseram à América Latina, uma política criminal transnacional, belicista e médico-jurídica de repressão às drogas, que impede qualquer manifestação nacionalista. Assim, deve haver “uma cooperação internacional decidida e leal”³⁰ para combater ao tráfico ilícito de entorpecentes, promovendo a defesa social. Surge, nesse âmbito, a ideologia da diferenciação, devendo o consumidor ser considerado como dependente doente e o traficante como delinquente que causa grande perigo a sociedade, e inimigo que causa grande perigo a sociedade, devendo ser eliminado.

Dessa forma, e considerado os preceitos da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), a novel legislação deveria compatibilizar as políticas de “guerra às drogas” e redução de danos, impondo “medidas despenalizadoras e descriminalizantes, ao diagnóstico da necessidade do incremento da punitividade”³¹.

²⁹CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93.

³⁰CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 80.

³¹Idibem, p. 91.

Assim, no ano de 2006 foi instituída a Lei 11.343, que revogou expressamente as Leis de nº 6.368/76 e 10.409/02, revitalizando as diretrizes brasileiras sobre entorpecentes e conciliando as tendências proibicionista e prevencionista. O prisma proibicionista volta-se ao forte combate a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes. Ainda que de forma geral haja prevalência do aspecto proibicionista, quanto ao usuário vigora o prevencionismo, com a inserção de medidas voltadas ao tratamento e a recuperação de dependentes e usuários.

Nesse âmbito preventivo e repressivo da nova legislação foi criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que possui como finalidades principais o combate às drogas e a recuperação dos usuários e dependentes, compatibilizando os dois propósitos primordiais do novel preceito normativo, na forma do art. 1º da Lei 11.343/06, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.³²

Nessa perspectiva, infere-se que a prevenção ao uso indevido de drogas se divide em três âmbitos: prevenção primária, secundária e terciária. A prevenção primária tem por finalidade impedir o contato do indivíduo com substâncias ilícitas, enquanto a secundária visa evitar o uso frequente e prejudicial das drogas pelos usuários eventuais. Por fim, a prevenção terciária se preocupa em tratar e lidar com os problemas da dependência química.³³

Houve grande preocupação com a prevenção terciária na Lei 11.343/06, principalmente com a reinserção do sujeito na sociedade e fornecimento de tratamento médico gratuito e especializado ao psicod dependente. Ainda que essa medida não seja inovação alguma, pois a oferta de tratamento específico fora

³²BRASIL. Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 2006. Acesso em: 12 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>.

³³BIANCHINI, Alice. Título III: Da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas, capítulo I: Da presença. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 62 – 63.

prevista na Lei 6.368/76, ganhou maior relevância. Outro ponto importante foi a exclusão do caráter obrigatório do tratamento, tornando-o mera faculdade disponível àquele que desejar.

Mais uma relevante mudança foi a criação do art. 28, que sucedeu o antigo art. 12, referente ao usuário de drogas. Esse novo tipo penal voltou-se a reinserção e recuperação do toxicod dependente, por meio do abandono da pena de prisão e da aplicação de penas alternativas. Essa questão será melhor explanada no próximo tópico.

Voltando-se as medidas proibicionistas, o novo art. 33, substituto do art. 16 da Lei nº 6.368/76, passou a punir mais gravemente o delito de tráfico, exasperando de forma elevadíssima a pena base e a pena de multa sancionatória correspondentes. Além disso, a cessão gratuita (sem objetivo de auferir lucro) também foi incluída no tipo penal.

Em tendência contrária, foi implementado o chamado tráfico privilegiado, previsto no §4º do referido art. 33, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)³⁴

Essa causa especial de redução de pena diminui o quantum aplicado de um sexto a dois terços, quando cumpridos os requisitos legais cumulativos da primariedade, existência de bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas e não participação de organização criminosa. Assim, o legislador pretendeu beneficiar o sujeito que está iniciando a vida ilícita, bem como o traficante ocasional, aquele que não trafica de forma rotineira e não faz do tráfico seu meio de subsistência.

³⁴BRASIL. Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 2006. Acesso em: 12 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

Destarte, ocorre uma “individualização mais adequada e proporcional”³⁵ da pena, pois esses indivíduos não possuem relevância na disseminação das substâncias ilícitas, cumprindo papel secundário na dinâmica da venda de entorpecentes, devendo ser penalizados de forma mais leve e proporcional a atuação deles.

Ademais, o novo preceito normativo penalizou duas novas figuras, o financiador e o “colaborador-informante”³⁶, previstos nos artigos 36 e 37:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

O financiador é aquele que financia ou custeia reiteradamente os delitos de tráfico de entorpecentes ou tráfico de maquinário. Antes da criação do tipo penal específico esse indivíduo respondia “pelo mesmo crime que o traficante (muitas vezes na condição de partícipe)”³⁷. Esse delito recebeu a sanção mais severa da Lei de Drogas, pois é voltado a sujeitos necessários ao tráfico e à produção de narcóticos, que exercem papel essencial nessa dinâmica, além de tratarem-se de “pessoas abastadas, aliás, raramente alcançadas pela investigação”³⁸.

Já o colaborador-informante é aquele que apenas colabora com o tráfico por meio do levantamento e da entrega de informações aos traficantes, sem qualquer outro envolvimento com a prática delituosa. Antes dessa inovação, esse sujeito respondia como coautor do referido ilícito, o que era extremamente desproporcional, pois exercem mínimo papel nesse processo.

³⁵MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

³⁶Ibidem p. 181.

³⁷GOMES, Luiz Flávio. Título IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, Capítulo II: Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

³⁸Ibidem, p. 202.

2.2.1 Mudanças no âmbito do usuário de substâncias psicoativas

Um das alterações mais significativas na *novel Lex* de drogas foi a criação do art. 28, referente ao usuário de entorpecentes. Embora o consumo de drogas ainda seja considerado como ilícito penal, a pena de prisão não será mais cabível ao usuário, em nenhuma hipótese. Nesse sentido, a antiga pena privativa de liberdade prevista no art. 16 da Lei 6.368/76, foi substituída por medidas alternativas, sendo elas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, o que evidencia o caráter preventivo, e não meramente punitivo da inovação legislativa.

A sanção de advertência se dirige a informar os usuários sobre os efeitos nocivos da droga sobre sua saúde, seu trabalho, sua estrutura familiar e social, com a finalidade de desestimular o consumo. A prestação de serviço a comunidade, por sua vez, pretende alcançar o objetivo da redução da utilização de substâncias psicodependentes por meio da “atribuição de tarefas gratuitas ao condenado”³⁹, a serem prestadas em “programas comunitários, entidades educacionais ou assistências, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo e da recuperação de usuários e dependentes de drogas”⁴⁰.

Por último, a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo também terá como escopo instruir o utilizador sobre os impactos negativos dos entorpecentes, sendo voltada a “prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social e usuários e dependentes de drogas”⁴¹.

Conforme expresso no art. 27 da Lei 11.343/06, as penalidades acima expostas poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, a depender das circunstâncias judiciais do caso concreto. Além disso, podem ser substituídas a

³⁹MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.

⁴⁰BRASIL. Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 2006. art. 28, §5º. Acesso em: 12 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

⁴¹MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.

qualquer tempo pelo magistrado, por meio de requerimento do Ministério Público, da Defesa ou até mesmo de ofício (havendo contraditório prévio), diante do risco da ineficácia da medida.

Ademais, o novo preceito normativo não estabeleceu o tempo mínimo de cumprimento das penas, fixando apenas o período máximo de 05 (cinco) meses. Em caso de reincidência específica, ou seja, nova condenação por uso de drogas no ínterim de cinco anos, a pena máxima será aumentada para 10 meses.

O juízo competente para julgar esse delito é o Juizado Especial Criminal, devendo o usuário ser encaminhado direto ao juizado, onde será elaborado o termo circunstanciado, sem necessidade do comparecimento à delegacia. Somente quando inexistir juizado ou plantão na comarca, o sujeito poderá ser levado a polícia para elaboração do termo, permanecendo vedada a prisão em flagrante, conforme prescreve a política de redução de danos.

Nesse âmbito, conclui-se que a infração prevista no art. 28 possui menor potencial ofensivo, cabendo a aplicação, portanto, da suspensão condicional do processo e da transação penal (havendo concordância do réu).

Havendo descumprimento injustificado das penalidades acima tratadas ou do próprio comparecimento em juízo, poderá o magistrado primeiramente aplicar a medida de admoestação verbal, que “consiste na repreensão oral [feita pelo próprio juiz] a respeito da necessidade de o apenado se submeter ao título executivo”⁴². Caso ocorra a continuidade da recusa injustificada, será posteriormente aplicada a pena de multa.

Além disso, foram incluídas no presente tipo penal as condutas de semear, cultivar e colher plantas destinadas ao preparo de substâncias dependentes para consumo pessoal, dando fim a divergência sobre o enquadramento dessas ações. Nesse sentido, como não havia previsão expressa desses verbos na Lei 6.368/76, existiam três posições sobre o tema.

⁴²Idibem, p. 62. Acréscimo nosso.

O primeiro entendimento era favorável a classificação das condutas no delito de tráfico de entorpecentes, na forma do art. 12, §1º. A segunda corrente, por sua vez, afirmava que a rotulação correta seria no art. 16 (uso de drogas), aplicando-se analogia *in bonam partem* pois o objetivo da produção era para consumo próprio. A última corrente catalogava o fato como atípico, consoante o princípio da legalidade, pois inexistia previsão legal expressa.⁴³

Outrossim, como já tratado no tópico anterior, a legislação determina que o Poder Público disponibilize ao toxicod dependente tratamento especializado e gratuito em estabelecimento de saúde, voltado a sua recuperação. O tratamento será preferencialmente ambulatorial, sendo a internação aceita em casos excepcionais.

Para mais, será facultativo (e nunca obrigatório) ao dependente, e somente ocorrerá perante manifestação de vontade deste. Assim, observa-se que houve a exclusão da possibilidade de internação compulsória ou de tratamento compulsório, não sendo o tratamento sanção alternativa imposta ao dependente, mas mera política de redução de danos.

O diploma legal esclarece que caberá ao magistrado determinar ao órgão de saúde do Poder Público a disponibilização de tratamento ao psicod dependente. Entretanto, essa determinação judicial não possui eficácia prática, a medida em que "não há previsão de prazo para que o Poder Público disponibilize a vaga, tampouco regras disciplinadoras da responsabilização do Poder Público ou de seus agentes para a hipótese de descumprimento da ordem judicial"⁴⁴, além de inexistir a possibilidade de fixação de multa diária, visto que este ente de saúde pública não participou do processo que determinou a referida obrigação.

Dessa forma, inexistindo medidas coercitivas que obriguem o Estado a cumprir sua obrigação, a inércia prevalece. Por fim, importante trazer à baila que a Nova Lei trouxe de forma expressa o direito dos encarcerados, submetidos a medida de

⁴³GOMES, Luiz Flávio. Título III: Das atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, Capítulo III: Dos crimes e das penas. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 158 – 159.

⁴⁴MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64.

segurança ou a pena privativa de liberdade, de receberem o tratamento especializado e gratuito a psicoddependência dentro da respectiva Unidade Prisional, na forma do art. 26:

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.⁴⁵

2.2.2 Descriminalização da posse para consumo pessoal?

Há grande embate doutrinário acerca da natureza da política criminal adotada pelo legislador no art. 28 da Lei 11.343/06, haja vista a vedação a pena privativa de liberdade ao usuário e a aplicação de medidas alternativas, não havendo consenso sobre a ocorrência de descriminalização, legalização ou despenalização do uso de substâncias psicoddependentes.

Segundo entendimento de Luiz Flávio Gomes⁴⁶, o legislador adotou um processo misto, ocorrendo concomitantemente a descriminalização formal e a despenalização do delito. A despenalização é a atenuação da resposta penal, sendo exatamente o que aconteceu com a posse de drogas, que manteve seu caráter ilícito, mas passou a adotar penas alternativas ao invés da prisão.

Segundo o autor, a conduta deixou de ser crime pois não mais comporta pena de prisão ao usuário, tendo esta sido substituída por penas alternativas, se tornando mero ato contrário ao direito. Baseia esse entendimento no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914), *in verbis*:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou

⁴⁵BRASIL. Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 2006. Acesso em: 12 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

⁴⁶GOMES, Luiz Flávio. Título III: Das atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, Capítulo III: Dos crimes e das penas. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 117 – 135.

cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.⁴⁷

Com base no referido dispositivo legal, crime é toda infração penal punida com reclusão ou detenção e contravenção, por sua vez, é toda infração punida com pena de prisão simples ou multa. Adotando-se este entendimento, o art. 28 não pode mais ser considerado como crime ou contravenção penal, exatamente porque não apresenta pena de prisão. Entretanto, como essa ação permaneceu ilícita e punível, se tornou uma infração penal *sui generis*.

Fernando Capez, discorda de Luiz Flávio Gomes, e acredita não ter ocorrido a descriminalização da conduta, afirmando que permanece como crime, já que a própria Lei 11.343/06 inseriu o art. 28 no capítulo III, relativo aos crimes e às penas. Além disso, argumenta que “a Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode mais ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI”⁴⁸

Renato Marcão complementa essa pensamento, ao afirmar que:

O Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam em sua parte Geral [...] O Direito penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão.⁴⁹

Salo de Carvalho vai além, e afirma que o conceito de crime previsto no art. 1º do Decreto-lei 3.914 não vigora mais no Brasil, tendo sido redefinido com o advento da Constituição Federal de 1998. O inciso XLVI do art. 5º da Constituição elenca, de forma exemplificativa, outras espécies de sanção, como a perda de bens, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, alargando o antigo conceito de delito, ligado unicamente as penas de privação de liberdade.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1947. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 dez. 1947. Acesso em: 15 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **As inovações da Lei de Drogas**. Acesso em: 12 out 2017. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/as-inovacoes-da-lei-de-drogas/>>.

⁴⁹ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

Destarte, tendo em vista o caráter normativo e a aplicabilidade imediata das leis constitucionais, bem como os princípios da Supremacia da Constituição e da interpretação conforme a Constituição, conclui-se que o conceito constitucional de crime deve prevalecer sobre aquele previsto na Lei de Introdução ao Código Penal.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também adotam esse entendimento, decidindo pela incoerência do *abolitio criminis* da posse de drogas para consumo pessoal, havendo mera despenalização da conduta. Concluíram, ademais, que o art. 28 da Lei 11.343/06 não se tornou uma infração penal *sui generis*, permanecendo classificado como crime de menor potencial ofensivo. Dessa forma, colaciono julgados dos Tribunais Superiores.

EMENTA: I. [Posse](#) de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de [adoção](#) pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os **crimes** de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. **Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.**

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF, RE 430.105-09/RJ Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/, 1ª Turma) (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 16 DA LEI N.º 6.368/76. PRAZO PRESCRICIONAL DE 2 (DOIS) ANOS. ART. 30 DA LEI N.º 11.343/2006 (NOVA LEI DE TÓXICOS). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. LAPSO TEMPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE430105 QO/RJ, **rejeitou as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis* para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização.**

2. O prazo prescricional para o crime de uso de substâncias entorpecentes foi estabelecido em 2 (dois) anos, nos termos da redação do art. 28 da nova Lei de Tóxicos.

3. A nova legislação, mais benéfica ao acusado, deve ser aplicada com base no princípio da retroatividade mais benigna, nos termos do art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal, e art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.

4. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade estatal, julgando prejudicado o recurso especial. (RE 872.153 – MG, Relator Ministra Laurita Vaz, Data de julgamento: 26/06/2007, 5ª T, Data da publicação: DJ: 06/08/2007) (grifo nosso).

Verifica-se, dessa forma, que não ocorreu descriminalização legislativa em sentido estrito (*abolitio criminis*) em relação ao art. 28 da nova Lei de Drogas, pois a posse de entorpecentes permanece sendo um ilícito penal vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e sancionado pelo juiz criminal, mediante o devido processo legal do juizado especial criminal. O que se sucedeu, em realidade, foi a “descriminalização parcial, substitutiva ou setorial”⁵⁰ do delito, em virtude da flexibilização da pena.

Por conseguinte, não há que se falar de descriminalização formal do porte de drogas, pois esta conduta continua sendo um ilícito penal, apenas não sancionado com pena de prisão. O enquadramento mais correto, portanto, é na “descarcerização dos delitos relacionados ao uso de drogas”⁵¹, conforme prescreve a política de redução de danos.

⁵⁰CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159.

⁵¹Idibem, p. 161.

3 A PSICODEPENDÊNCIA

3.1 CONCEITO

Em um primeiro momento, a farmacodependência foi conceituada como falta de caráter e ausência de força de vontade para se manter longe das substâncias dependentes. Além disso, não havia uma diferenciação bem definida entre usuário e dependente. Entretanto, com os avanços médico-tecnológicos e neurocientíficos, foi comprovado que partes do cérebro dos dependentes são estimuladas pelas substâncias, de forma que esses indivíduos apresentem uma “necessidade imperiosa (craving)”⁵² de consumi-las.

Dessa forma, o usuário passou a ser definido como aquele que faz uso habitual de substâncias que possam vir a causar dependência física ou psíquica, “sem estar submetido às mesmas, possuindo, ainda, completo domínio de suas vontades”⁵³, sendo, portanto, imputável.

A dependência, por sua vez, “retira do agente capacidade de tomar decisões, de entender e querer, ou seja, sua autodeterminação”⁵⁴. Assim, foi classificada pela Organização Mundial da Saúde como um transtorno de função cerebral, assim como as demais doenças neurológicas ou psiquiátricas. Nesse sentido, o cérebro é afetado e ocorre a extinção da capacidade de controlar o consumo de substâncias químicas, de forma que a pessoa se torne subordinada, sob o domínio e sob o poder destas.

⁵² Organização Mundial da Saúde. **Neurociências: consumo de dependência de substâncias psicoativas**. Genebra, 2004. Disponível em: <http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf>. Acesso em: 23 out 2017.

⁵³ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. Título IV: Da reprodução à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, Capítulo II: Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 117 – 135. p. 230.

Verificou-se, ademais, que não há vinculação absoluta entre o uso de substância psicoativas e a dependência, muito pelo contrário, diversos sujeitos utilizam drogas e não se tornam dependentes. Inclusive, “estudos demonstram que a maioria das pessoas que experimentam ou que fazem uso eventual de droga não se torna necessariamente dependente”⁵⁵. Essa condição pessoal, depende de diversos fatores individuais, genéticos, biológicos, sociais, culturais, psicológicos e ambientais.⁵⁶

Destarte, o usuário é mero utilizador voluntário de certa substância tóxica, enquanto o dependente apresenta um transtorno mental e passa a não mais controlar suas vontades individuais, além de perder sua capacidade de tomar decisões de qualquer natureza.

3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA O PSICODEPENDENTE NO BRASIL

3.2.1 Tratamento jurídico e consequências penais

Diante dos avanços ocorridos quanto à classificação da psicoddependência como transtorno de função cerebral, os dependentes passaram a ser considerados como doentes mentais, se tornando, conseqüentemente, penalmente inimputáveis. Importante frisar que o instituto da inimputabilidade no Direito Penal Brasileiro adota o sistema biopsicológico, na forma do art. 26, caput, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter

⁵⁵BIANCHINI, Aline. Título I, Disposições Preliminares. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

⁵⁶Organização Mundial da Saúde. **Neurociências: consumo de dependência de substâncias psicoativas**. Genebra, 2004. Disponível em:<http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf>. Acesso em: 23 out 2017.

ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁵⁷

O caráter biológico é preenchido pela comprovação do transtorno mental, enquanto o psicológico se refere a falta de capacidade do sujeito de “discernir, de avaliar os próprios atos, de compará-los com a ordem normativa, [...] de entender ou autodeterminar-se de acordo com esse entendimento”⁵⁸.

Para mais, existem duas espécies de medida de segurança, uma detentiva e outra restritiva, conforme expressam os artigos 96 e 97 do Código Penal. A medida detentiva corresponde a internação compulsória e obrigatória em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. É a regra geral, aplicada aos fatos típicos puníveis com reclusão.

A medida restritiva, por sua vez, “consiste na sujeição a tratamento ambulatorial, através do qual são oferecidos cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento, mas sem internação”⁵⁹, permanecendo, entretanto, o caráter compulsório. É destinada aos fatos puníveis com pena de detenção, quando as circunstâncias pessoais e fáticas forem favoráveis ao sujeito.

Entretanto, atualmente predomina o entendimento no sentido de que “o julgador tem a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável, não importando se o fato definido como crime é punido com pena de reclusão ou de detenção”⁶⁰.

Isto posto, conclui-se que ante a ausência de culpabilidade, nenhuma pessoa que possui transtorno cerebral pode ser condenada e penalizada juridicamente, devendo ser absolvida, na forma da absolvição imprópria e receber, como consequência penal pelo ato praticado, medida de segurança.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1942. Acesso em: 25 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 475

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 862.

⁶⁰ GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. vol. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 756

Em relação à psicoddependência, o aspecto biológico é determinado pela própria dependência, classificada como uma neurose cerebral obsessiva-compulsiva, enquanto o psicológico é preenchido pela inexistência de autocontrole e autodeterminação dos dependentes, que estão inteiramente subordinados às substâncias estimulantes.

Por consequência, verifica-se que há impossibilidade na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/03 aos toxicoddependentes, exatamente por tratar-se de delito sancionado por meio de medidas alternativas. Nesse sentido, ainda que tenha ocorrido a despenalização e a descarcerização do uso de drogas, esta conduta permanece sendo um ilícito penal, o que impossibilita sua aplicação ao dependente, que somente pode receber medida de segurança como consequência jurídica pelos ilícitos praticados, diante de seu transtorno de função cerebral e de sua inimputabilidade.

Ademais, é necessário trazer à baila o art. 45 da Lei 11.343/06, que prescreve a dependência como causa excludente de culpabilidade, vedando a aplicação do art. 28 e de suas sanções a esses indivíduos, bem como de todos os demais delitos penais. Assim sendo:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.⁶¹

Por conseguinte, todo dependente é isento de pena, devendo ser absolvido de qualquer crime previsto na Lei de drogas, inclusive aquele previsto no art. 28. Para mais, o juiz poderá ofertar a esses sujeitos, de forma facultativa, o tratamento médico adequado. Com a nova Legislação de Drogas, o tratamento médico

⁶¹BRASIL. Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 2006. Acesso em: 12 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

fornecido ao dependente deixou de ser obrigatório e passou a ser voluntário, sendo disponibilizado ao paciente, ficando à seu critério pessoal o aceite ou a rejeição do mesmo. Além disso, a internação compulsória deixou de ser prevista, sendo considerada como extinta e não mais passível de aplicação jurídica.

Nesse âmbito, poderia surgir o argumento pela aplicação de medida de segurança ao psicod dependente. Entretanto, considerando que as duas espécies de medida de segurança tratam-se de internação hospitalar e tratamento ambulatorial obrigatórios e compulsórios, sua aplicação é impedida pela Lei 11.343.06, que tornou a internação e o tratamento propício facultativos ao dependente, que precisa anuir com a aplicação destes instrumentos.

Ademais, a medida de segurança somente pode ser aplicada a delitos puníveis com pena privativa de liberdade, conforme prevêm os artigos 97 e 98 do Código Penal Brasileiro. Assim, “se a pena aplicada não por privativa de liberdade – por ter sido substituída por restritiva de direitos ou por multa – será impossível a sua substituição por meio de medida de segurança”⁶².

Nesse aspecto, se a pena privativa de liberdade que foi substituída por restritiva de direito ou multa não pode ser alterada para medida de segurança, *a fortiori* o art. 28, sancionado com medidas alternativas despenalizantes, também não pode ser. Ou seja, levando em consideração que as penas do art. 28 são de natureza alternativa leve, sendo incabível a aplicação de pena privativa de liberdade, conclui-se que sua substituição por medida de segurança é desautorizada.

Outra relevante questão se refere à periculosidade, que é o fundamento da aplicação da medida de segurança. Entretanto, não há periculosidade quanto ao uso de drogas, visto que esse comportamento não causa dano ou coloca em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos ou interesse de terceiros, porque trata-se de conduta privada e autônoma. Para mais, o único dano que pode ser causado se refere à própria saúde do sujeito, na forma de autolesão.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 868.

Por fim, não há que se falar em perigo de dano à saúde pública, pois não se configura o risco da expansividade do perigo para a coletividade, exatamente por se tratar de perigo próprio (autolesão). Nesse sentido, leciona Maria Lúcia Karam:

São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para consumo pessoal⁶³.

Destarte, não existe lesividade ou periculosidade na referida ação. Assim, conclui-se que o toxicodependente não poderá receber nenhuma espécie de sanção jurídica, incluindo a medida de segurança e as penalidades alternativas do art. 28 da Lei de Drogas. A única medida possível é o oferecimento de tratamento médico-hospitalar facultativo por parte do Estado-juiz. Nesse aspecto: “Entendemos, porém, que a hipótese é de absolvição própria, limitando-se o tratamento para o dependente.”⁶⁴

Verifica-se, portanto, que a ideologia não sancionatória da Organização Mundial da saúde é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, a medida em que não é possível aplicar nenhuma espécie de sanção jurídica ao psicodependente.

3.2.2 Direitos assegurados

Ainda que a Lei 11.343/06 possua elevado teor proibicionista e repressivo, também apresenta caráter preventivo e preceitua políticas de redução de danos. Nesse aspecto, assegura de forma expressa diversos direitos aos usuários e dependentes, ainda que estes não possuam efetividade prática. O dispositivo legal prevê a obrigação do Estado de tomar medidas que objetivem: a garantia de uma melhor qualidade de vida, a prevenção ao uso indevido, a promoção da saúde, da reinserção social, a reintegração no mercado de trabalho e assegurem menores riscos e danos relacionados ao uso de drogas.

⁶³KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói: Luam Ed., 1991. p. 126.

⁶⁴GOMES, Luiz Flávio. Título IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, Capítulo II: Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 230.

Nesse aspecto, deve-se inferir a resolução nº 3, de 27 de outubro de 2005 do Conselho Nacional Antidrogas (Conad), este é o órgão superior do Sistema Nacional de Políticas Públicas Antidrogas (Sisnad), que objetiva a “promoção de estratégias e ações de redução de danos, voltadas para a saúde públicos”⁶⁵ e garantia de direitos humanos aos usuários e dependentes. Essa resolução prevê a implementação de medidas para garantir a geração de trabalho e renda aos usuários, assim como de programas para promoção da saúde pública, em todos os âmbitos federativos.

No tocante a Política Nacional sobre Drogas, aprovada na Resolução de nº 3, foram previstas diversas modalidades de tratamento, recuperação, reinserção social, familiar e ocupacional aos usuários e dependentes, de forma permanente e contínua, dentro do Sistema Único de Saúde e do Sistema Único de Assistência Social.

Por fim, a Nova Legislação antidrogas assegura tratamento médico especializado aos dependentes químicos, que deve ser obrigatoriamente ofertado pelo Poder Público, no próprio Sistema Único de Saúde (SUS), e dentro das Unidades Prisionais ou dos Centros de Internação, para aqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade ou medida de segurança.

3.3 FARMACODEPENDÊNCIA E DIREITO À SAÚDE

O Direito ao tratamento médico especializado ao psicod dependente decorre diretamente do direito constitucional à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal, que possui natureza social e fundamental. Nesse sentido: “a saúde é o primeiro e o primordial direito social. Sem saúde não há vida digna, não há trabalho, há apenas resquício de vida. É uma premissa do exercício da cidadania”⁶⁶.

⁶⁵MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

⁶⁶MENDER, Karyna Rocha. **Curso de Direitos da Saúde**. São Paulo: Saraiva, p. 41.

A Constituição Federal de 1988 concedeu grande importância a esse direito, que possui “eficácia e justiciabilidade imediatas”⁶⁷. Isso porque a saúde é um direito fundamental, e portanto indivisível e interdependente com todos os demais direitos humanos fundamentais, vez que estes somente alcançam eficácia plena quando garantidos simultaneamente⁶⁸. Dessa forma, há grande preocupação na efetividade de todos os direitos fundamentais, pois um direito fundamental específico somente será eficaz quando todos os demais estiverem sendo respeitados.

Nesse aspecto, a saúde apresenta ligação direta com o núcleo da dignidade da pessoa humana, além de ser indissociável ao direito à vida, direito fundamental positivado no art. 5º, caput, da CF, considerado como bem supremo. Ademais, a Lei Maior inovou esse instituto, tornando seu acesso universal e igualitário a todos, na forma do art. 196, *in verbis*:

A saúde é **direito de todos** e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ⁶⁹
(grifo nosso)

Assim, a saúde e as ações para sua promoção, proteção e recuperação devem ser asseguradas a todos os cidadãos brasileiros, por meio da disponibilização desses serviços de forma gratuita pelo Poder Público, que passa a ter o dever fundamental de fornecer saúde à população. Essa situação também se fundamenta no caráter difuso desse direito, que é transindividual, indivisível e possui como titular pessoas indeterminadas, a fim de assegurar o acesso universal.

O acesso universal à saúde também é afirmada na Lei de Execução Penal, na forma dos artigos 11, II, 14 e 41, VII, por meio da garantia à assistência médico-hospitalar aos encarcerados, tanto no aspecto preventivo quanto no curativo.

⁶⁷SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**: Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 28

⁶⁸Ibidem, p. 17.

⁶⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138

A partir da interpretação conjunta desses artigos legais, é possível afirmar que a promoção, proteção e principalmente a recuperação da saúde dos cidadãos deve ser isonômica, inclusive para aqueles que estão privados de liberdade. Nesse sentido, quando o indivíduo comete ilícito penal, não perde seus direitos, devendo estes ser efetivados pelo Estado durante todo o cumprimento da medida de segurança e da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, ainda que o Texto Constitucional já afirme a universalidade do direito à saúde, devendo este ser fornecido pelo Estado a qualquer cidadão, inclusive aqueles condenados penalmente, a LEP prevê expressamente o direito à assistência médica aos reeducandos, reforçando o caráter geral e amplo desse direito.

Diante dos fatos acima alegados, verifica-se que o Estado possui dever fundamental de oferecer tratamento médico especializado aos dependentes, inclusive àqueles condenados penalmente, conforme expressa a Carta Maior, a LEP e a própria Lei Especial de nº 11.343/06.

Destarte, verifica-se a adoção da política de redução de danos e da ideologia curativa quanto ao dependente, diante da previsão legal da oferta de tratamento médico especializado e facultativo, o que garante no plano normativo eficácia ao direito constitucional à saúde desses indivíduos. Configura-se, ademais, viés não sancionatório, visto que a Legislação Penal veda a atribuição de qualquer espécie de penalidade aos farmacodependentes .

Dessa forma, conclui-se que o Brasil adota no plano legal posicionamento conforme à Organização Mundial da Saúde. Resta ressaltar, entretanto, que a adequação se restringe ao plano normativo, visto que na realidade fático-social brasileira inúmeros dependentes são sancionados juridicamente pelo uso de drogas, sendo inclusive submetidos a prisão preventiva, que sequer poder ser atribuída ao usuário de drogas. Além disso, a grande maioria dos países do globo, inclusive o Brasil, não

ofertam o tratamento médico devido aos dependentes, conforme informa o Relatório Mundial sobre Drogas de 2014 da United Nations Office on Drugs and Crime⁷⁰.

Esse país oferta o tratamento especializado apenas em algumas unidades do Sistema Único de Saúde, entretanto com baixa qualidade e efetividade. Além disso, o número de hospitais que possuem uma área voltada ao atendimento de psicod dependentes, com a presença de profissionais instruídos e capacitados, é muito baixo. Para mais, pouquíssimas Unidades Prisionais disponibilizam tratamento qualificado à dependência.

Dessa forma, a ideologia curativa e não punitiva da Organização Mundial de Saúde não apresenta eficácia prática no Brasil. Cabe ao Estado, portanto, cumprir seu dever de não tratar a dependência como problema de polícia, bem como de assegurar o tratamento devido aos farmacodependentes, tanto nas unidades do Sistema Único de Saúde, quanto nos presídios e locais de internação, de forma a garantir eficácia fático-social a política brasileira em relação ao dependente.

Importante frisar, por fim, que a ideologia curativa se restringe ao psicod dependente, individuo que não mais consegue controlar suas vontades e seus desejos pessoais. Ademais, a Legislação apenas não sanciona o toxicod dependente, atribuindo severas penalidades ao traficante e medidas alternativas ao usuário.

⁷⁰United Nations Office on Drugs and Crime. **World Drug Report 2014**. Viena, 2014. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2014/06/World_Drug_Report_2014_web_embargoed.pdf>. Acesso em 3 nov 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos acima tratados, resta claro que a psicoddependência é um transtorno de função cerebral. Assim, e conforme determinado pela Organização Mundial da Saúde, os dependentes são inimputáveis penalmente, diante de sua doença mental, devendo receber medidas curativas e não punitivas.

Em relação ao Brasil, infere-se que a Legislação Especial sobre Drogas é majoritariamente proibicionista, além de repreender os ilícitos penais gravemente, conforme determina a política beligerante e o direito penal do inimigo. Entretanto, em relação ao usuário e, principalmente, ao psicodpedente possui natureza prevencionista, diante da adoção da política de redução de danos.

Nesse sentido, a Lei 11.343/06 prescreve inúmeras medidas para promoção da reintegração social, familiar e no mercado de trabalho dos toxicoddependentes. Ademais, ao se realizar uma interpretação conjunta dos dispositivos legais penas e da Legislação própria, depreende-se que o dependente é isento de pena, não podendo ser sancionado juridicamente, seja por meio de medida de segurança, pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou medidas alternativas.

Destarte, embora o dependente seja inimputável penalmente, deverá ser absolvido na forma própria dos ilícitos penais a ele imputados. Assim sendo, nenhum dependente poderá ser sancionado pelo uso de entorpecentes, na forma do art. 28 da Lei 11.343/06. Resta claro, portanto, a ausência de punitividade quanto ao psicoddependente no Brasil.

Para mais, o ordenamento pátrio assegura o tratamento médico-hospitalar especializado aos dependentes, que deve ser ofertado gratuitamente pelo Estado, dentro das próprias unidades do Sistema Único de Saúde. O direito ao tratamento médico também deve ser disponibilizado dentro das Unidades Prisionais e dos Centros de Internação, assegurando o direito dos reeducandos.

Isto posto, conclui-se que a ideologia curativa e não sancionatória da Organização Mundial da Saúde em relação ao psicod dependente é compatível com o ordenamento jurídico penal brasileiro, bem como com a Lei 11.343/06, podendo ser aplicado no território nacional. É importante esclarecer, entretanto, que a ausência de punibilidade se restringe ao toxicod dependente, permanecendo a legislação penal extremamente punitiva em todos os demais aspectos relacionados às drogas.

Nesse aspecto tanto o usuário quanto o traficante permanecem penalizados penalmente, embora o primeiro receba medidas alternativas e não mais pena privatiza de liberdade, conforme prescreve a política de redução de danos, enquanto o segundo a uferê consequências penais extremamente gravosas.

Para mais, a política curativa e não sancionatória brasileira em relação ao farmacod dependente possui validade apenas no plano normativo, visto que inúmeros dependentes são encarcerados indevidamente por uso de drogas. Além disso, poucos possuem acesso ao tratamento que lhes é devido, visto que ele é disponibilizado em poucas unidades de saúde e hospitais públicos, além da grande maioria possuir qualidade ruim ou duvidosa.

Por fim, são poucas as Unidades Prisionais e os Centros de Internação que disponibilizam tratamento qualificado aos dependentes. Dessa forma, resta ao Estado o dever tomar medidas capazes de garantir efetividade, eficácia e eficiência a essa política.

REFERÊNCIAS

BARRETO, João de Deus LacerdaMenna.**Lei de tóxicos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas BASTOS, 1996.

BATISTA, NILO. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1942. Acesso em: 25 out. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1947.**Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 dez. 1947. Acesso em: 15 out. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

CAPEZ, Fernando. **As inovações da Lei de Drogas**. Acesso em: 12 out 2017. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/as-inovacoes-da-lei-de-drogas/>>.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho e GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de Drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 25, vol. 127, p. 263/294, jan 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. vol. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, ROGÉRIO. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 5 ed. Niterói: Impectus, 2010.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/2006.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KARAM, MARIA LÚCIA. **Aesquerdapuntiva.** In. Criminologia. p. 79. Disponível em <<https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>>. Acesso em: 18 set 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói: Luam Ed., 1991.

KARAM, MARIA LÚCIA. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** n. 65. p. 140, mar-abr 2007.

LARRAURI, **La Herencia de laCriminología Crítica.** Apud, CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDER, Karyna Rocha. **Curso de Direitos da Saúde.** São Paulo: Saraiva, 2013.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do Direito Penal Moderno. In: _____. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Tradução de Felipe RheniusNitzke e Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

Organização Mundial da Saúde. **Neurociências: consumo de dependência de substâncias psicoativas.** Genebra, 2004. Disponível em: <http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf>. Acesso em: 17 de abril 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo: Teoria e Prática.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

United Nations Office on Drugs and Crime. **Word Drug Report 2014.** Viena, 2014. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2014/06/World_Drug_Report_2014_web_embargoed.pdf>. Acesso em 3 nov 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva].** Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2003.