



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DESCARCERIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS

Isabel Fragoso de Queiroz Carreira

Rio de Janeiro  
2010

ISABEL FRAGOSO DE QUEIROZ CARREIRA

A descarcerização do usuário de drogas

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de  
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Mônica Areal  
Prof. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## A DESCARCARIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS.

Isabel Frago de Queiroz Carreira

Graduada pela Universidade  
Cândido Mendes-CENTRO.  
Pós-graduanda pela Escola de  
Magistratura do Estado do Rio  
de Janeiro.

**Resumo:** O estudo realiza uma análise acerca da retirada da pena privativa de liberdade para o crime de uso de drogas, alteração trazida pela Lei 11.343/06. A discussão está no fato de as penas previstas, hoje, para tal crime não atingirem a finalidade preventiva-punitiva que toda pena deve buscar. Sem essas características a pena se torna desnecessária e inútil.

**Palavras-chaves:** Descarcarização. Usuário. Drogas.

**Sumário:** Introdução. 1. O uso de drogas: fato atípico? 2. Penas/Medidas sócio-educativas aplicadas ao usuário. 3. Ausência de previsão legal de pena privativa de liberdade. 4. Os níveis/ graus de usuários. 5. Os danos causados pelo usuário à sociedade. 6. O papel do legislador e do juiz na vida da sociedade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo tratar de um tema debatido pelos juristas e aplicadores do Direito, bem como por toda a sociedade, que é a ausência de previsão da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

Muitos disseram que houve uma despenalização, outros foram ainda mais longe ousando dizer que, de fato, o que ocorreu, com a alteração trazida pela Lei 11.343/06, foi a descriminalização da conduta de uso de drogas, ou seja, chegaram a defender a existência de

uma *abolitio criminis*. Com respeito aos defensores de tais teses, se o uso de drogas tivesse deixado de ser crime, tal conduta não estaria mais prevista na Lei Penal, bem como, se não tivesse mais pena, não possuiria o artigo correspondente preceito secundário; logo, o uso de drogas permanece sendo crime.

Primeiramente, deve-se saber qual a conduta típica inserida no art. 28 da Lei 11.343/2006. Se só são considerados usuários aqueles consumidores eventuais de drogas ou se também estaria inserido nesse conceito o viciado em drogas e o dependente químico.

É compreensível tal questionamento levando-se em consideração que o dependente químico é considerado um doente mental, ou seja, um inimputável, fazendo com que os crimes praticados por ele, em decorrência da substância entorpecente adquirida, fiquem impunes, na visão da sociedade, pois haverá a extinção da culpabilidade do agente. Assim, sendo o conceito analítico de crime um fato típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável, não havendo culpabilidade, não há o que se falar em crime.

Como todo crime, deve o uso de drogas ser analisado caso a caso, pelo juiz, com a finalidade de se saber se aquele usuário é um simples usuário ou se já atingiu um grau de vício capaz de torná-lo uma pessoa doente, o chamado dependente químico.

O problema todo está no fato de que, para a lei, parece que o simples usuário e o dependente químico se encontram num mesmo nível, num mesmo grau de reprovabilidade, pois o legislador só previu medidas sócio-educativas, tanto para um quanto para outro tipo de usuário.

Diz-se isso porque o legislador entendeu que para todo e qualquer usuário não seria mais cabível a pena privativa de liberdade, o que lhe fez retirar tal previsão do referido dispositivo legal.

Muitos alegam que a ausência da pena privativa de liberdade foi imposta pelo legislador na tentativa de proteger o dependente químico, pessoa que deve ser considerada doente e a qual a pena privativa de liberdade não seria adequada.

Aplausos para os que sustentam que a pena privativa de liberdade não pode ser aplicada a um doente, pois que para esses o legislador previu um outro tipo de pena, qual seja, a medida de segurança, pois só esta modalidade de pena seria capaz de atingir neste condenado a sua finalidade preventiva-punitiva (que, no caso, seria um tratamento ambulatorial para controlar a dependência e evitar que o indivíduo volte a praticar a conduta). Porém, inadmissível a retirada de previsão da pena privativa de liberdade sob esse argumento, pois, como dito anteriormente, o dependente químico já não poderia ser preso, mesmo que diante de previsão legal de pena privativa de liberdade, pois ele (estamos aqui nos referindo àqueles indivíduos que já atingiram um grau de dependência avançado, capaz de tornar as condutas descritas no tipo penal involuntárias) é um inimputável e este não comete crime por ausência de culpabilidade; logo, se o dependente químico já não poderia ser “atingido” por essa previsão de pena privativa de liberdade, não se pode dizer que a sua ausência veio para protegê-lo de um juiz com condutas desproporcionais ou desumanas.

Em razão dessa ausência de previsão legal da pena privativa de liberdade para esse delito, muitos se arriscaram em dizer que houve uma descriminalização do uso de drogas, como mencionado acima. Com toda vênua, tal posicionamento não merece prosperar. Prova cabal de sua permanência como crime é o simples fato de estar previsto em Lei Penal, em capítulo titulado “dos crimes e das penas”.

A ausência de simples previsão desse tipo de pena deixa o juiz de mãos atadas diante de casos de simples usuários, que praticam tal conduta com a única finalidade de se drogar.

Se toda pena deve ter uma finalidade preventiva-punitiva, com a pena privativa de liberdade para esse delito não seria diferente, pois que a prevenção seria justamente evitar que esse simples usuário venha a se tornar um viciado, que atingirá um grau de patologia tão avançado capaz de torná-lo um inimputável. E isso significa dizer que esse “novo” viciado cometerá crimes sob a influência de certa substância da qual é dependente e, como sua conduta será considerada involuntária, os crimes cometidos por ele ficarão impunes. Já a finalidade repressiva da pena estaria no fato de punir aquele que põe em risco a vida, a saúde e a integridade física de toda a coletividade, como será visto no decorrer desta obra.

É o risco que toda a sociedade corre com mais esse erro do legislador brasileiro.

## 1. O USO DE DROGAS: FATO ATÍPICO?

O que pretende-se abordar neste capítulo é a questão a respeito de ter o uso de drogas deixado ou não de ser considerado um crime.

Como dito na parte introdutória deste trabalho, a conduta tipificada como uso de droga não deixou de ser considerada crime, pois que presente no capítulo III do Título IV da Lei 11.343/06, que trata “dos crimes e das penas”. Porém, a discussão sobre o tema versa sobre o fato de ter o legislador retirado a previsão de pena privativa de liberdade para essa conduta, como era previsto na Lei 6.368/76.

Pela ausência dessa previsão, alguns doutrinadores, dentre eles os professores GOMES (2006) e SANCHES (2006), se arriscaram a sustentar a descriminalização do uso de drogas, chegando a dizer que a Lei 11.343/06 teria causado a *abolitio criminis* dessa conduta; outros não foram tão longe, apenas sustentando a despenalização do usuário, já que não mais prevista a pena privativa de liberdade.

Esta última tese, assim como a primeira, não prevalece na jurisprudência brasileira, pois que há previsão de penas para a conduta em análise, quais sejam, advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O que não há, apenas, é a previsão da pena privativa de liberdade.

Em síntese, a conduta praticada pelo usuário de drogas permaneceu, na Lei 11.343/06, segundo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 430105), como uma conduta criminosa, à qual se previu penas sócio-educativas para seus agentes, não havendo mais a anterior previsão de pena privativa de liberdade da Lei 6368/76.

## 2. PENAS/MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS APLICADAS AO USUÁRIO

O legislador não mais previu penas para o usuário de drogas, mas apenas medidas sócio-educativas. Porém, tal fato não deve ser interpretado, como tem sido por alguns, dentre eles os professores GOMES (2006) e SANCHES (2006), como uma despenalização da conduta praticada pelo usuário.

Como o uso de drogas vem tipificado no capítulo titulado “dos crimes e das penas”, usa-se na presente obra a terminologia “pena” para as medidas sócio-educativas previstas pelo legislador ao usuário de drogas.

As penas previstas pela Lei 11.343/06 ao agente do crime de uso de drogas (art. 28) são as seguintes: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O que deve ser analisado neste capítulo é se essas penas são capazes de atingir a finalidade preventiva/repressiva das penas em sentido lato.

Sabe-se que a pena possui uma finalidade preventiva, ou seja, de causar um certo temor na coletividade para que ninguém ouse praticar uma conduta definida como crime que, conseqüentemente, estará lesionando um bem jurídico tutelado pelo Estado.

As pessoas deixam de fazer mal a outras pessoas, principalmente, pelo medo da conseqüência do seu ato e não pela consciência de que não se deve fazer mal a outrem. Uns têm medo de serem presos, de ficarem retidos em estabelecimentos prisionais precários e desumanos; outros, mais religiosos, têm medo da chamada “pena divina”, do “castigo de Deus” pelo ato maldoso praticado. Seja por uma razão ou por outra, a verdade é que as pessoas costumam cumprir as leis, dos homens ou de Deus, pelo medo das conseqüências que virão com o ato praticado.

Imagine se não existisse pena privativa de liberdade para o crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal. Poderíamos afirmar que aquele que se sentiu ofendido por outrem, ou humilhado, acabaria por disparar tiros contra o seu ofensor só para garantir-lhe a sua honra; que um pai que descobre que sua filha fora violentada não pensaria duas vezes antes de matar tal agressor.

Sem dúvida, se não houvesse a pena privativa de liberdade para o homicídio, as pessoas resolveriam as suas desavenças matando umas as outras, como acontecia nos tempos passados. O mesmo raciocínio para o crime de furto ou roubo. Se não pudessem vir a ser presos, todos aqueles que passassem por qualquer tipo de necessidade acabariam por furtar ou roubar dinheiro alheio, ou até mesmo comida para sobreviver. Infelizmente, as pessoas cumprem as regras estipuladas pelo legislador, e até mesmo as por Deus, para aqueles que creem em sua existência, pelo medo do castigo que lhe seria imposto, conforme fora bem observado por OLIVEIRA (2010).



Para crimes graves como os mencionados acima, deve haver a previsão das penas mais severas possíveis, sob pena de óbvios descumprimentos legais, o que levaria à impossibilidade de se viver em sociedade.

E é exatamente aqui que entra a discussão sobre a necessidade de previsão da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

Para alguns, dentre eles o Desembargador VERANI (2007), o uso de drogas só atinge a esfera pessoal do usuário, razão pela qual a pena privativa de liberdade não seria razoável (e vão ainda mais além quando defendem que o fato deve ser atípico em razão da ausência de lesividade mínima dessa conduta); para outros, o uso de drogas extrapola a esfera pessoal do usuário, atingindo toda a coletividade, o que justificaria, sim, a previsão de pena privativa de liberdade.

Quanto à finalidade repressiva das penas, as medidas sócio-educativas previstas pelo legislador na Lei 11.343/06 tendem ao fracasso, pois, mesmo diante da previsão de pena privativa de liberdade na Lei 6.368/76, cada vez mais jovens vinham consumindo drogas ilícitas e não deixavam de consumi-las quando descobertos pelos pais, que os advertem e castigam.

O legislador deveria ter buscado meios mais eficazes para punir o usuário e não abrandar as penas impostas como o fez.

Se o jovem usuário não tem medo da advertência dada por seus pais, que possuem a legitimidade de lhe dar castigos físicos moderados, cortar mesadas, proibí-lo de sair de casa, jogar o vídeo-game preferido, por que acredita o legislador que esse mesmo jovem teria medo de usar drogas diante da possibilidade de ser advertido verbalmente por um juiz, que nada mais poderá fazer além de dizer “que o que ele fez é muito feio”? Por que esse jovem deixaria de usar drogas na companhia dos “amigos” apenas porque foi obrigado a prestar um serviço à

comunidade, como, por exemplo, varrer a rua por, no máximo, 5 meses, conforme determina o §3º do art. 28 da Lei 11.343/06?

Só resta crer que o legislador foi ingênuo em acreditar que as medidas sócio-educativas previstas para o usuário de drogas seriam capazes de prevenir e reprimir o uso das drogas ilícitas, principalmente pelos jovens.

A verdade é que, se a pena privativa de liberdade não foi capaz de impedir o uso de substâncias entorpecentes, muito menos o serão as medidas sócio-educativas impostas pelo legislador da Lei 11.343/06.

Tais medidas são, sem dúvida, essenciais para a ressocialização do usuário, mas não serão eficazes quando aplicadas de forma isolada. Deveriam ser aplicadas de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade.

O que parece é que a intenção do legislador da referida lei foi dar um passo à legalização dessa conduta criminosa.

### 3. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como se verá mais adiante, os usuários de drogas são divididos em dois grupos ou níveis, quais sejam, o usuário eventual e o dependente químico (ou viciado).

O dependente químico é o nível mais grave de usuário, pois esse é tido como um doente mental, que age sem consciência dos atos praticados, sendo considerado um inimputável, o que leva à exclusão de sua culpabilidade, conforme art. 26 do Código Penal. Para esse, sem dúvida, a pena privativa de liberdade não é a melhor pena a ser aplicada para atingir a sua finalidade repressiva, mas sim uma medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, conforme arts. 96 e 97, ambos também do Código Penal.

Para o usuário eventual de drogas, aquele que consome drogas pela única e exclusiva finalidade de se drogar, por simples vontade e não necessidade, a pena privativa de liberdade não apenas atingiria a sua finalidade preventiva, mas também a repressiva. Deixem um usuário eventual, de classe média, por apenas 1 dia num estabelecimento prisional para ver se ele não pensaria duas vezes antes de consumir drogas ilícitas novamente só por diversão.

Não se pode esquecer que é esse usuário eventual que financia o tráfico, tanto de drogas quanto de armas, conseqüentemente, e que é o primeiro nível para se chegar ao dependente químico, que é considerado um inimputável, sendo-lhe aplicada medida de segurança, o que, para sociedade, é o mesmo que dizer que o crime por ele praticado ficará impune. E, aqui, não me refiro apenas ao crime de uso de drogas, mas, também, e principalmente, ao crime por ele praticado sob a influência da droga.

Quando o legislador retira da lei a previsão de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, ele deixa o juiz de mãos atadas diante de situações como as do usuário eventual, que prejudica, sim, toda a coletividade por um capricho seu, por uma ilusória “sensação de prazer” que dura menos de 24 horas.

Cabe ao juiz analisar cada situação, ver se está diante de um usuário eventual ou de um viciado ou doente, decidindo qual será a melhor pena a ser aplicada, qual a pena atingirá, naquele caso concreto, a sua finalidade preventiva/repressiva.

O legislador da Lei 11.343/06, sob o argumento de querer proteger o dependente químico – o que não era necessário, já que este sempre foi considerado um inimputável – acabou por retirar do juiz a competência que lhe fora conferida constitucionalmente de fazer justiça no caso concreto, ou seja, de analisar se para aquele usuário bastará uma medida sócio-educativa, uma medida de segurança ou uma pena privativa de liberdade, o que é inadmissível

diante do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CRFB/88, c/c art. 59, do Código Penal.

Por fim, vale observar que a ausência de previsão de pena privativa de liberdade impede até mesmo a coerção do cumprimento da medida sócio-educativa aplicada, que se não for cumprida, ficará por isso mesmo.

#### 4. OS NÍVEIS/GRAUS DE USUÁRIOS

A doutrina brasileira, dentre eles JESUS (2009), assim como toda a sociedade, costuma fazer uma distinção entre os usuários de drogas, qual seja, o usuário eventual de drogas (infrator penal) e o viciado ou dependente químico (doente).

O primeiro seria aquele que fizesse o uso de drogas ilícitas em momentos eventuais, sem que houvesse uma rotina nesse consumo da droga e uma dependência desta. Como exemplo desse tipo de usuário temos aqueles jovens que só consomem drogas em determinados eventos sociais, com os amigos, como nas conhecidas festas “raves”.

Ao contrário, o dependente químico, segunda categoria de usuário, possui uma dependência absoluta da droga, sendo capaz de cometer atos contra a sua vontade pela necessidade do seu corpo de adquirir a substância à qual se tornou dependente. É o caso daquele que começa a vender os objetos de sua residência para conseguir dinheiro para comprar a droga, que é capaz de roubar e cometer qualquer outro delito pelo descontrole de seu organismo em momentos de abstinência.

Essas categorias são sucessivas, crescentes, ou seja, só se chega ao nível de dependência química pelo uso eventual da droga, que poderá tornar o mero usuário em viciado naquela substância e, conseqüentemente, um inimputável.

É bem verdade que nem todo usuário se torna um viciado, não sendo a recíproca verdadeira, pois todo dependente químico já foi, necessariamente, um usuário eventual de drogas. E é por essa razão que a conduta do mero usuário não pode ser tida como um indiferente penal, sob a alegação de que a conduta de usar droga não ultrapassa a esfera pessoal do agente do delito.

Vale chamar a atenção para o consumo de determinadas drogas como, por exemplo, a heroína e o crack, que tornam o usuário viciado com apenas um uso da substância.

Deve-se fazer o seguinte raciocínio: hoje o agente é um mero usuário eventual; amanhã poderá se tornar um dependente químico que, como dito anteriormente, é tido pelo Direito Penal como um inimputável, conforme disposto no art. 26 do Código Penal, pois é tido como um doente, uma pessoa incapaz de ter o necessário discernimento na prática de suas condutas; se o dependente químico é um inimputável e, já restou comprovado cientificamente que determinadas drogas são capazes de causar uma alteração no sistema nervoso do usuário, fazendo-o cometer crimes dos tipos mais bárbaros possíveis, pratica um desses delitos, sob a influência da droga, não responderá por nenhum crime, pois presente uma excludente de culpabilidade, qual seja, a inimputabilidade. Isso significa dizer que o crime praticado por esse doente mental ficará impune, contribuindo, ainda mais, para a descrença da sociedade com a justiça desse país.

É óbvio que as duas categorias de usuários devem ser tratadas de forma distinta, pois, por mais que seja revoltante que um dependente químico pratique um delito e fique impune, ele é, penal e cientificamente, um doente e deve ser tratado como tal. Sendo um doente, deve receber tratamento adequado para a sua recuperação, não sendo adequada a aplicação de uma pena privativa de liberdade, pois esta pena não atingiria a sua finalidade de ressocializar o preso.

Não se deve entrar, aqui, na discussão quanto às condições precárias dos sistemas penitenciários brasileiros, que tornam essa finalidade da pena impossível de ser atingida, pois o indivíduo, após passar por situações desumanas dentro dessas casas de detenção prisional, sai, muitas das vezes, pior do que entrou, como bem observado por ZAFFARONI (2010).

A questão, aqui, é a de que o dependente químico precisa de um tratamento médico específico para se recuperar e não ficar detido em um sistema prisional. Só a internação desse indivíduo, para que ele se submeta a um tratamento médico, será capaz de ressocializá-lo, de inseri-lo novamente no meio social, retomando a sua vida.

Sem dúvida, a questão do dependente químico é delicada, devendo ele receber um tratamento diferenciado daqueles outros usuários de drogas, razão pela qual o legislador deve prever a possibilidade de aplicação de uma medida de segurança para ele.

Pensando no dependente químico, é natural que a população brasileira defenda a atitude do legislador da Lei 11.343/06 de ter retirado dela a previsão de pena privativa de liberdade, pois a prisão não seria uma pena adequada para esse tipo de usuário de drogas. Porém, com toda vênia a esse entendimento, os seus seguidores esquecem que, para que o usuário chegue ao nível de dependência química, ele passou, anterior e necessariamente, pelo nível de usuário eventual. E é aí que entra a grande fundamentação daqueles que defendem a previsão da pena privativa de liberdade.

Quando os defensores da legalização (ou descriminalização) da conduta de uso de drogas, dentre eles os ilustres professores GOMES (2006) e SANCHES (2006), afirmam que tal conduta não ultrapassa a esfera do próprio usuário, esquecem que o Estado tem o dever de proteger a saúde e a vida dos indivíduos, e que o uso de drogas não atinge apenas a saúde e a vida de cada indivíduo isoladamente, mas também da coletividade, segundo entendimento de JESUS (2010).

Se o uso eventual de drogas pode causar a doença do usuário, doença essa capaz de torná-lo um inimputável e até matá-lo, o Estado tem o dever de se valer de meios eficazes para evitar o uso dessas substâncias ilícitas, o que não fez o legislador, pois amarrou as mãos do Estado, através do juiz, diante de situações em que a pena privativa de liberdade seria a mais adequada para atingir a finalidade preventiva/repressiva da pena do delito de uso de drogas.

É muito comum ver pessoas, leigas em Direito, principalmente, debatendo, em rodas sociais, sobre a legalização da conduta de usar drogas, alegando que o Estado não pode interferir na esfera pessoal dos indivíduos e apontando países em que o uso de drogas já é legal, o que demonstra o atraso na legislação brasileira.

Há doutrinadores, dentre eles GALVÃO (2010), Defensor Público do Estado de São Paulo, que defendem que a tipificação do uso de drogas como crime é inconstitucional por violar os princípios da lesividade, da ofensividade, e, até mesmo, da *ultima ratio*, pois sustentam que o uso de drogas não ultrapassa a esfera pessoal do usuário e que há outros ramos do Direito capazes de tutelar essa conduta, não sendo necessária a atenção do Direito Penal.

*Data máxima vênia*, não se deve concordar com esse posicionamento, pelas seguintes razões, principalmente: o Estado tem o dever de zelar pela saúde e vida dos indivíduos, sendo o uso de drogas questão de grande relevância já que certas substâncias podem levar à dependência química, ou seja, tornar o indivíduo um doente.

Outrossim, a partir do momento que o uso de drogas causa grandes transtornos psicológicos no agente, podendo levá-lo a praticar crimes, não pode tal conduta ser tutelada por outro ramo do direito que não o Direito Penal, pois que põe em risco a vida, a saúde, a integridade física e a segurança de toda a coletividade.

Mesmo que a conduta de usar drogas só atingisse a esfera pessoal do agente, tem o Estado o dever de protegê-lo.

A dependência de uma droga leva o usuário, muitas das vezes, a se prostituir com o fim de conseguir dinheiro para sustentar tal vício. E não desprezemos o fato de que grande parte desses usuários são menores de idade.

Se a prostituição não é um fato desprezado por esse ramo do direito, sendo menos ofensivo à coletividade, não há razão para se desprezar o uso de drogas sob tal argumento de ausência de ofensividade e lesividade.

O que os defensores da previsão de pena privativa de liberdade, citados anteriormente, tentam demonstrar é que o fato de haver previsão desse tipo de pena na lei não significa dizer que o juiz irá aplicá-la para todo e qualquer caso de uso de droga.

As penas devem ser aplicadas de acordo com os princípios da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, o juiz deve aplicar a pena analisando todas as peculiaridades do caso concreto. Se assim não fosse, não precisaríamos de juízes, seres humanos, sendo suficiente a colocação de robôs para aplicarem a lei de forma igual para todos, violando, ainda, o princípio da igualdade material.

Outrossim, o mero usuário de drogas, aquele que consome a substância ilícita em um momento eventual, também poderá sofrer a influência da droga ao ponto de cometer crimes, como, por exemplo, um homicídio.

Como defender que tal conduta é juridicamente irrelevante e só atinge a esfera pessoal do agente?

As pessoas possuem uma tendência em apenas pensar na maconha quando se discute a respeito do uso de drogas, afirmando que essa droga não seria capaz de alterar o sistema nervoso do agente ao ponto de levá-lo a cometer um crime como o de homicídio, por



exemplo, mas não atentam para o fato de que a maconha também é capaz de causar dependência química e danos reversíveis à memória.

O tipo penal não fala apenas em maconha, mas em qualquer tipo de substância entorpecente e, além disso, esse tipo penal não visa evitar apenas crimes cometidos no momento em que se consome a droga, mas evitar que o indivíduo se torne um viciado ou dependente e acabe por praticar crimes pela necessidade do seu corpo em ter que consumir tal substância.

Como dito acima, algumas drogas tornam o usuário um dependente químico com apenas um único consumo.

Deve-se atentar para o fato de que, uma vez se tornado um dependente químico, a recuperação é muito difícil, como, por exemplo, do dependente em crack, sendo a melhor solução impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga.

A previsão de pena privativa de liberdade não é necessária apenas para punir aquele que consome a droga, como muitos pensam, mas também, e principalmente, para proteger a saúde e a vida do indivíduo, o que é um dever do Estado.

## 5. OS DANOS QUE OS USUÁRIOS CAUSAM À SOCIEDADE

Como defender que o uso de drogas não ultrapassa a esfera pessoal do agente se tal conduta financia o tráfico? Quanto a isso não existe a menor discussão na doutrina nem entre a população brasileira.

É pacífico o fato de que o consumo de drogas financia o tráfico, o poder paralelo. Esse é mais um argumento para os que defendem a lesividade da conduta de usar drogas, pois que atinge toda a coletividade.

O financiamento do tráfico é uma lesão indireta causada pelo usuário à coletividade. A lesão direta é a prática de eventuais crimes causados por ele, seja sob a influência da substância consumida ou em razão dela, como, por exemplo, no caso daquele que agride a mãe por não querer lhe dar dinheiro para comprar a droga.

São muito comuns as práticas de delitos cometidos em âmbito familiar pelo usuário, quando este está sob a influência da droga, seja, aqui, em qualquer das três categorias de usuário, ou em razão da droga, ou seja, pelo desespero de querer e necessitar da sua ingestão.

Quantas vezes não foram noticiados nos jornais casos de crimes bárbaros cometidos por usuários de drogas ilícitas.

Mais uma vez se deve perguntar, como sustentar que o uso de drogas não ultrapassa a esfera pessoal do usuário? O uso de drogas põe em risco a vida, a saúde e a segurança da coletividade, pois esta está vulnerável aos atos praticados pelos usuários quando do efeito da substância entorpecente.

Há quem sustente, não de forma jurídica, mas em debates sociais, que com a legalização das drogas o tráfico deixaria de existir, pois qualquer pessoa poderia vender de forma lícita tais substâncias. *Máxima vênia* a este entendimento, ingênuos os que crêem que com o fim do tráfico de drogas a violência e o poder paralelo cessariam.

É evidente que os traficantes encontrariam um outro meio de ganhar dinheiro e não abririam mão do seu poder paralelo, permanecendo com a guerra civil hoje existente entre eles e o Estado, sendo a população vítima de tal conflito.

Porém, mesmo que acabasse esse poder paralelo e a violência em razão dele, as conseqüências do uso das drogas permaneceriam no âmbito da sociedade, pois a influência dessas substâncias sobre os usuários continuaria a mesma e as condutas criminosas decorrentes dela também.

Portanto, a única argumentação plausível dos defensores da legalização das drogas, que é o fim do tráfico de drogas, cai por terra com tal constatação fática demonstrada, qual seja, não acabaria com as conseqüências causadas pelo uso da droga.

## 6. O PAPEL DO LEGISLADOR E DO JUDICIÁRIO NA VIDA DA SOCIEDADE

Os Poderes Legislativo e Judiciário são os poderes que mais interferem na vida da sociedade, pois o Legislativo “dita as regras” e o Judiciário exige o seu cumprimento, imputando sanções àqueles que não as cumprem. Porém, essas sanções a serem aplicadas pelo Poder Judiciário também devem ser previamente previstas pelo Poder Legislativo, sob pena de ato ilegal do magistrado.

Essas regras visam a permitir o convívio dos indivíduos em sociedade, pois impossível seria conviver em uma sociedade em que os direitos dos indivíduos fossem absolutos.

O legislador, aqui sendo incluído tanto o legislador propriamente dito, como, também, o constituinte originário e derivado, tem o dever de informar aos indivíduos quais são os seus direitos e quais são os limites impostos a estes mesmos direitos (princípio da legalidade).

O direito de um termina onde inicia o direito do outro. É essa limitação que permite a vida em sociedade.

Quando um indivíduo viola o direito de outrem, cabe ao Judiciário solucionar tal conflito, não podendo os próprios indivíduos resolverem o conflito por seus próprios meios, sob pena da prática do delito de exercício arbitrário das próprias razões.

É em razão do dever do juiz de solucionar os conflitos sociais que surge o princípio constitucional da inafastabilidade, ou seja, a lei não pode afastar do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Essa regra, imposta na Carta Magna pelo constituinte, é um limite ao próprio legislador, que deve atuar visando o bem estar social, objetivo principal de um Estado Democrático de Direito.

Se o legislador não prevê determinadas regras ou determinadas sanções para essas regras, o juiz fica impossibilitado de resolver o conflito da melhor maneira possível, não conseguindo fazer justiça no caso concreto, o que leva à revolta dos indivíduos envolvidos no conflito e à descrença da população com a Justiça.

O que a sociedade deve entender é que o juiz também deve atuar de acordo com a Lei, não podendo ir além daquilo que foi estipulado pelo legislador.

É verdade que o juiz possui outros meios para solucionar o conflito que lhe fora levado além da lei, como, por exemplo, os costumes e os princípios gerais do direito, mas só pode utilizá-los quando a lei, de alguma forma, for omissa, houver uma lacuna legal, não podendo o juiz criar uma norma nem ir contra ela, sob pena de atuar como legislador, violando o princípio constitucional da separação dos poderes.

Parece que o legislador, ao retirar do delito de uso de drogas a previsão de pena privativa de liberdade, atuou como juiz e não como legislador, pois ele estabeleceu para todos os casos de uso de drogas a impossibilidade de prisão, o que deve ser analisado pelo juiz diante do caso concreto e não pelo legislador.

Como dito no decorrer deste trabalho, o uso de drogas é um crime grave, que causa lesões não apenas ao agente do delito, mas a toda a coletividade, devendo, sim, haver previsão de pena privativa de liberdade para que o próprio juiz, diante de cada caso concreto, possa

analisar se essa pena é adequada para aquele agente, se atingirá a finalidade preventiva/repressiva, se poderá atingir ou não a ressocialização do agente, etc.

Todas essas indagações devem ser feitas pelo próprio juiz no momento da aplicação da pena, e não pelo legislador, que acabou por determinar, previamente, que nenhuma situação concreta levará à prisão do usuário, o que viola o princípio da individualização da pena.

O juiz está sujeito a ficar de mãos atadas diante de situações em que a pena privativa de liberdade seria a mais adequada, por ausência de previsão legal, como, por exemplo, no caso em que o réu é um usuário eventual, que consome substância entorpecente apenas para “aparecer perante os amigos”, e sempre que consome tal droga agride seus pais, pessoas idosas.

Será que a pena de advertência do juiz seria suficiente para fazer esse indivíduo não mais utilizar tal substância? É bem provável que não, pois se esse indivíduo não respeita nem mesmo seus pais, o que dirá um juiz.

E a pena de prestação de serviços à comunidade, seria capaz de impedi-lo de consumir drogas? Acreditamos que não, assim como em relação à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Todas essas penas são essenciais para o usuário de drogas, mas devem ser aplicadas de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade ou com a medida de segurança adequada, conforme o caso concreto. Uma dessas medidas sócio-educativas, aplicada de forma isolada, provavelmente não será eficaz na grande maioria dos casos.

Vale observar, aqui, também, o princípio da individualização da pena, pois o juiz, em um determinado caso concreto, pode entender que apenas uma dessas medidas será suficiente para alcançar as finalidades da pena, não sendo necessária a aplicação de pena privativa de liberdade.

No exemplo dado acima, sem dúvida, a pena privativa de liberdade seria a melhor opção, pelas seguintes razões: a primeira seria afastar esse indivíduo do convívio dos pais, uma vez que são sempre agredidos por ele quando do consumo da droga (finalidade preventiva da pena quanto a esse delito e outros); a segunda é o impacto causado pela prisão diante do indivíduo que consome drogas pelo simples fato de que a droga lhe causa uma “sensação boa” e não lhe é aplicada nenhuma penalidade (finalidade repressiva da pena). Sem a previsão legal da pena privativa de liberdade, o juiz não poderá aplicar a esse indivíduo tal pena.

Vale atentar para o fato de que estamos tratando aqui do usuário eventual e não do dependente químico. Sendo usuário eventual ou viciado, que consomem a droga voluntariamente, responderão, além do crime de uso, pelos outros crimes que venham a praticar após o consumo da droga.

Se for dependente químico, que é tratado como um inimputável, como visto, não responderá por nenhum dos crimes praticados sob a influência da droga, pois a conduta de ingerir a droga deixou de ser voluntária em razão da doença e a sua capacidade de discernimento é quase que nula, afastando a culpabilidade.

Vale lembrar, aqui, que o dependente químico foi, necessariamente, um usuário eventual, ou seja, se a conduta do mero usuário fosse devidamente reprimida quando do seu início, o indivíduo, sem dúvida, não chegaria ao estágio de dependência química ou, até mesmo, nem teria iniciado o consumo de drogas, que, na maioria das vezes, ocorre de forma inconsequente pelos jovens e em razão da impunidade de tal conduta.

Com a ausência de previsão de pena privativa de liberdade os jovens vêem o delito de uso de drogas, hoje, como legalizado, pois que em nada se sentem “ameaçados” pelas penas previstas pelo legislador pra esse tipo penal.

A conduta de usar drogas, por si só, já é de grande potencialidade lesiva, ao contrário do que entendem alguns, como dito anteriormente, pois põe em risco a saúde e a vida do próprio usuário, que o Estado tem o dever de proteger; além da integridade física, da saúde e da vida de toda a coletividade, que também é dever do Estado proteger.

Portanto, se o legislador não estabelecer meios de proteção direta e indireta ao indivíduo e a toda a coletividade, estará impedindo o Estado de cumprir com os seus deveres constitucionais mencionados através do juiz.

## CONCLUSÃO

Como demonstrado no decorrer deste trabalho, a conduta praticada pelo usuário de drogas não é insignificante como muitos tentam sustentar. O uso de drogas é um crime que atinge não apenas a esfera pessoal do agente, mas toda a coletividade.

É difícil chegar à conclusão de qual pena seria a mais adequada para o usuário de drogas, mas pode-se influir que apenas as medidas sócio-educativas previstas pelo legislador da Lei 11.343/06 não serão suficientes para atingir as finalidades básicas de toda pena, quais sejam, as finalidades preventiva, repressiva e ressocializadora.

A ausência de previsão legal da pena privativa de liberdade impede o juiz de analisar as peculiaridades do caso concreto, aplicando o princípio constitucional da individualização da pena, ou seja, decidindo qual será a melhor pena, a pena mais adequada, para aquele réu.

O que se buscou com esse trabalho é demonstrar que a tipificação do uso de drogas como um crime não visa apenas punir o usuário nem limitar a esfera de autonomia da vontade do indivíduo, mas protegê-lo de si mesmo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei 6368 de 21 de outubro de 1976.

BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 13.06.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. HC 2007.059.07200. Relator: Des. Sérgio Verani. Julgado em 19.12.2007.

CARVALHO. L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FREIRE, Aloísio. Epidemia de crack está fora de controle, adverte especialista. Disponível na Internet: <http://www.abpbrasil.org.br/medicos/clipping/exibClipping/?clipping=11891>

Acesso: em 10 jun. 2010.

GALVÃO. Bruno Haddad. SOS Concurseiros.com.br . “*Inconstitucionalidade do art. 28, da Lei de Drogas*”. Disponível na Internet: [http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-outros/inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-de-drogas\\_85-343\\_1/](http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-outros/inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-de-drogas_85-343_1/) Acesso: em 12 jun. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; e SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de Drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?* Disponível na internet: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 12 dez. 2006.

JESUS, Damásio de. *Portar droga para uso próprio é crime?* Revista do Ministério Público n° 33, p.7-10, Jul./set. 2009.

MELO, Danielle. Infosur hoy. *O viciado não se torna um santo da noite para o dia*.

Disponível na internet:

<http://infosurhoy.com/cocoon/saii/xhtml/pt/features/saii/features/society/2010/01/29/feature-02>. Acesso: em 03 mai. 2010.



OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

\_\_\_\_\_. Artigos sobre drogas. “*Crack, o fantasma da classe baixa*”. Disponível na Internet: <http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=821> Acesso: em 22 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Saber Viver online. *Os perigos das drogas permitidas*. Disponível na Internet: [http://www.saberviver.org.br/index.php?g\\_edicao=tratamento\(2\)034](http://www.saberviver.org.br/index.php?g_edicao=tratamento(2)034) Acesso: em 23 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Nova Criatura. *Pesquisa mostra que jovens começam a usar drogas cada vez mais cedo*. Disponível na Internet: [http://www.novacriatura.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=230:flash&catid=6:flash&Itemid=213](http://www.novacriatura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=230:flash&catid=6:flash&Itemid=213) Acesso: em 23 jun. 2010.