



## ANÁLISE COMPARADA BRASIL – PORTUGAL: A RESPOSTA PENAL COMO CONCRETIZADORA DA PROTEÇÃO À SAÚDE PÚBLICA PERANTE A PROBLEMÁTICA DO CONSUMO DE DROGAS

Túlio de Medeiros Jales\*

### RESUMO

O artigo objetiva questionar a efetividade do direito penal como instrumento promotor da saúde pública em relação aos casos de consumo de droga. Ao mesmo tempo em que se examina o modelo penal brasileiro, busca-se uma alternativa através da apresentação e análise do sistema normativo português para o *uso* de drogas. A comparação dos dois modelos legais tem como fim a resposta à pergunta: *por que deve o consumo de drogas ser criminalizado?*

**Palavras-chave:** Controle Penal. Saúde Pública. Consumo de drogas. Experiência Portuguesa. Descriminalização das drogas.

*"A minha alucinação é suportar o dia-a-dia,  
E meu delírio é a experiência com coisas reais  
(...)*

*Amar e mudar as coisas,  
amar e mudar as coisas me interessa mais."  
(Belchior, Alucinação)*

\* Graduando em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Coordenador Administrativo do Centro Acadêmico Amaro Cavalcanti (CAAC), membro da Base de Pesquisa Direito e Desenvolvimento. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2603672957639753>>.

## 1 INTRODUÇÃO

Busca-se, inicialmente, definir qual questionamento melhor colocará à prova o modelo penal como concretizador da proteção da saúde pública diante da problemática do uso de drogas. Em seguida, apresenta-se a moderna teoria do bem jurídico penal da qual se navega, a fim de identificar o bem jurídico protegido pelas normativas brasileira e portuguesa direcionadas aos usuários de drogas. Alcançada a identificação, será analisado com que véu protetor as Constituições brasileira e portuguesa buscaram resguardar tal bem.

Construído esse anteparo teórico, caracterizados serão os modelos de tratar a conduta de consumir drogas nos países em comparação. Além da diferenciação, serão apresentados dados estatísticos que demonstram resultados sociais práticos que os modelos alcançaram. É perante a avaliação crítica desses resultados que formularemos os méritos e limites de cada sistema normativo apresentado.

## 2 DA COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Não é incomum que as dificuldades encontradas na busca por soluções de questões sociais possam originar-se da própria formulação do problema que se pretende resolver. O controle legal do consumo de drogas ilícitas parece inserir-se nessa hipótese.

Ao determinar o consumo de certa substância como ilícita, o Estado supostamente pretende reconhecer que a utilização da mesma acarreta, em primeiro plano, graves danos à saúde do indivíduo e, como consequência desse primário efeito, a difusão de sua utilização acaba por criar um problema de saúde coletivo, podendo transmutar-se em diversos outros distúrbios sociais.

Afloram, atualmente, discussões em torno da inserção de certas substâncias no rol daquelas que deveriam ou não ser proibidas. Não intenta este trabalho elucidar tais dúvidas. Parte-se do pressuposto de que “droga” será aquela substância que tem seu potencial danoso comprovado, tanto em relação ao indivíduo quanto em relação ao ambiente coletivo, devendo ser sua utilização controlada para assim ser também diminuída.

Numa primeira análise, entende-se que a avaliação de eficácia de determinado meio de controle legal mede-se pela sua capacidade de contenção do consumo. Contudo, limitar-se a esse ponto de vista seria abdicar de uma visão geral do fenômeno do consumo de entorpecentes. Assim nos coloca Jorge Quintas (2011, p.100):

Medir a extensão dos problemas das drogas exige mais do que estimar o número de pessoas que usam drogas. As taxas de prevalência do consumo não são, assim, o único fator de avaliação do sucesso de determinada política. Nesta perspectiva, ainda que se admita a possibilidade de determinado esquema legal regulador resultar em maiores níveis de consumo de drogas, é necessário, ainda, verificar se as consequências dos consumos de drogas são mais ou menos negativas. Dado que altos níveis de prevalência de uso de drogas podem mesmo coexistir com baixos níveis de consumo problemático (Jay, 2002), não é certo que um possível aumento do consumo se acompanhe necessariamente de um aumento dos abusos danosos para a sociedade. Para esta análise, é importante observar as mudanças nos consumos de drogas ilícitas, verificando simultaneamente a magnitude das consequências negativas que daí podem resultar.

Depreende-se do acima exposto que as cifras que indiquem uma diminuição ou aumento do número de consumidores de drogas não devem ser lidas solitariamente, senão conjugadas com a análise de outras consequências, outros efeitos sociais.

Tais efeitos, à frente especificados, representarão, assim, alterações derivadas do próprio modelo de controle escolhido, o qual pode gerar danos ou benefícios coletivos que não incidem diretamente na circunscrição do número de usuários ou dependentes de entorpecentes.

Dois foram os modelos escolhidos para passar pelo crivo dos critérios expostos. O modelo *proibicionista criminalizante brasileiro*, baseado na Lei 11.343/2006<sup>1</sup>, e o modelo *proibicionista descriminalizante português*, insculpido no Decreto-Lei 30 de 2000<sup>2</sup>.

Ao término da análise crítica de ambos os projetos reguladores, realizar-se-á um exercício de comparação entre os modelos buscando responder pergunta fundamental para compreensão da problemática do consumo de drogas, principalmente no Brasil: (aqui remete-se ao primeiro parágrafo do tópico) *por que deve o consumo de drogas ser criminalizado?*

---

<sup>1</sup> 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; define crimes e dá outras providências. BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 set. 2009

<sup>2</sup> Artigo 1º, 1 - A presente lei tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. PORTUGAL. Decreto lei 30 de 2000 de 29 de novembro de 2000. Disponível em: <[http://www.idt.pt/PT/Lesgislacao/Legislao%20Ficheiros/Controle\\_da\\_Oferta\\_e\\_da\\_Procura/lei\\_30\\_2000.pfd](http://www.idt.pt/PT/Lesgislacao/Legislao%20Ficheiros/Controle_da_Oferta_e_da_Procura/lei_30_2000.pfd)>. Acesso em: 13 set. 2012.

### 3 A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

Toda e qualquer atividade penal incriminadora por parte do Estado deve basear-se, em última análise, na proteção de direitos, de bens jurídicos que possuem alta posição na escala axiológica definida pela própria sociedade. É a partir dessa concepção que emerge, no estudo da legitimação do direito penal, a teoria do bem jurídico penal.

Sobre o tema, pertinente a lição de Luigi Ferrajoli (2008, p. 467), quando expõe que:

[...] a necessária lesividade a um bem jurídico condiciona toda justificação utilitária do direito penal, como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo. A partir do reconhecimento da afirmativa de que algo é um bem jurídico penal, é de se proceder a um juízo de valor sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena e, inversamente, admitindo-se que um objeto somente deva ser considerado bem jurídico penal quando sua tutela esteja justificada.

A teoria do de bem jurídico penal foi, ao longo da evolução de seu estudo, preenchida por variados conteúdos. Infelizmente, o traçado metodológico do presente trabalho não permitiria que fosse apresentado todo o trajeto histórico percorrido pela mesma, perpassando desde seu viés de proteção privatística, até a mais moderna concepção garantista.

Não obstante, também a ausência de qualquer referencial definidor do que entenderíamos por bem jurídico penal viria a prejudicar a análise empreendida. Portanto, cumpre-nos adotar e expor aquela concepção que hodiernamente mais parece estar assentada e defendida pela doutrina garantista, aqui bem apresentada pelo Professor Winfreid Hassemer (citado por: BECHARA, 2008, p. 14):

[...] parte-se do pressuposto de que, no estágio atual do Estado Democrático de Direito, o conteúdo material do delito e, assim, o conteúdo do bem jurídico não podem ser tomados segundo a mera descrição normativa formal, de um lado, ou conforme exigências ético-sociais de caráter fundamentalmente moral ou religioso, de outro, para afirmar que só ganha sentido uma concepção que pretenda relacionar diretamente o conceito material de crime e o conteúdo de bem jurídico ao problema da missão e dos limites do direito penal na medida em que este conceito for situado fora do âmbito jurídico-penal positivado. O conceito será porém, estabelecido previamente pelo legislador, em nível constitucional, mediante a eleição de bens

jurídicos dignos de tutela, de forma a constituir-se um padrão crítico a indicar aquilo que deve ser criminalizado e aquilo que se deve deixar fora do campo de incidência penal.

Diante do exposto, fica claro que o texto constitucional passa a ser o parâmetro de onde devem decolar os valores, os bens jurídicos dignos de uma proteção penal. A experiência histórica nos leciona que é na Constituição, e somente nela, onde devem ser encontrados os *mandados criminalizadores*.

Tal monopólio, por mais sólido que necessite ser, não tornará estanque a definição do que virá a tornar-se um bem jurídico-penal. Alessandro Barata (1994, p.10) muito oportunamente nos auxilia:

[...] sendo os valores constitucionais fundamentais objetos de análise de praticamente todos os ramos do direito, a fragmentação das áreas de tutela em cada esfera (mormente a penal) dependerá não tanto da natureza dos bens, mas, principalmente, da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos, concorrendo, e ora sendo preferido um ao outro, com as técnicas específicas de proteção.

Os princípios constitucionais protegidos sob o manto do direito penal devem ser, portanto, lidos e relidos à luz da realidade social, sob as lentes da proporcionalidade e da razoabilidade, para constatação da sua efetiva proteção, sob pena de, em caso de uma proteção insuficiente, estar-se possibilitando a violação gratuita de um bem jurídico elegido pela Constituição como essencial à harmonia social, ou, ainda, em caso de uma proteção desproporcional ou desnecessária, estar o Estado ultrapassando os limites de intervenção positiva nas liberdades de ação dos indivíduos, desrespeitando o princípio da subsidiariedade do instrumento penal.

Será, assim, esse exercício de averiguação da real proteção que o direito penal vem garantindo à sociedade, no específico recorte da criminalização do consumo de drogas, que buscaremos empreender com elaboração desta pesquisa.

#### **4 A IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS**

Delimitada a teoria do bem jurídico a ser utilizada como referencial, podemos partir, então, para a análise de que valor se busca proteger na criminalização da conduta em análise, a saber: o consumo de drogas.

De acordo com a doutrina brasileira, o bem jurídico protegido no crime de consumo de entorpecentes é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudicaria a saúde dos usuários, podendo levá-los, inclusive, à morte.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 32) propalam que:

O bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. (...) basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.

Não só a construção doutrinária agrega esse entendimento. O Código Penal de 1940, em seu texto original, previa o crime de uso de entorpecentes a altura abraçado pelo Capítulo III, relativo aos Crimes contra a saúde pública.

Posteriormente, essa parcela do Código Penal viria ser revogada pela edição da Lei 6368 de 1976, que trataria especificamente dos crimes relativos às drogas. Este instrumento legislativo, por sua vez, manter-se-ia regrado as condutas relativas ao consumo e tráfico de entorpecentes em nosso ordenamento até a promulgação da atual Lei de Drogas, a 11.343 de 2006<sup>3</sup>.

Embora modificadas as vias legislativas, constata-se a não alteração do *telos* de proteção à saúde humana. Em verdade, tal finalidade buscou ser ampliada, como se vislumbra com a criação pela lei 11.343, do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, na busca por incutir uma importância maior à esfera da prevenção ao uso da droga, subtraindo cada vez mais o problema da esfera policial para somá-lo ao âmbito da saúde pública e assistência social.

<sup>3</sup> Lei 11.343: 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; define crimes e dá outras providências.

Em solo lusitano a compreensão não é outra. Desde a primeira vez que o consumo encontra-se expressamente representado nas normativas portuguesas, a partir do Decreto Lei 420/70<sup>4</sup>, sua criminalização aparece embasada na proteção da saúde,

Ao ter em conta os perigos que aquele consumo comporta para a saúde física e moral dos indivíduos passa-se da droga mercadoria à droga delito. O consumidor de drogas é, pela primeira vez, tomado em consideração na lei, mas faz-se corresponder a esta figura apenas uma vertente criminal, na convicção de que as ortopedias punitivas são a solução para obstar o consumo (QUINTAS, 2011, p.106).

A atual lei que rege a matéria é a confirmação do olhar voltado à integridade da saúde do consumidor, assim nos define Carlos Poiães (2001, p.70):

A droga emerge então num contexto que privilegia a vertente da saúde, o que permite considerar que essa descriminalização está a ser feita pela via construtiva, assinalando-se objetivos que são, marcadamente, do domínio da saúde, desde logo dos diplomas que instituem os regimes legais de prevenção e redução de riscos e minimização de danos, e o regime das comissões de dissuasão e toxicod dependência.

Atesta-se, portanto, que a proteção da saúde humana é o cerne fundamentador da criação deste desempenho penal por parte do Estado, seja na instituição de regimes criminalizantes, como é o brasileiro e como foi, preteritamente. o português, seja na constituição de modelos descriminalizantes, como caracteriza-se atualmente o modelo luso.

#### **4.1 A proteção constitucional à saúde pública e a criminalização do uso de drogas**

Avocado pelo Constituinte de 1988 no rol das garantias sociais a serem prestadas pelo Estado aos seus cidadãos por meio do art. 6º da CF<sup>5</sup>, o direito a saúde, como todos os demais direitos sociais, “existe para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, 2010, p.378).

<sup>4</sup> Decreto- Lei 420/70. Ministério da Justiça Português. Preâmbulo. O consumo de substâncias estupefacientes e em geral de drogas susceptíveis de provocar toxicomania assumiu neste século uma extensão e gravidade que o tornaram motivo de especial atenção e cuidado dos Estados e de organizações internacionais. Têm-se na verdade presentes os perigos que aquele consumo comporta para a saúde física e moral dos indivíduos e a sua não rara interpenetração com fenómenos de delinquência.

<sup>5</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os pressupostos abarcados pela esfera da proteção à saúde relacionam-se à manutenção do estado de bem-estar físico, mental e social do indivíduo e não simplesmente a garantia da ausência de doença ou enfermidade<sup>6</sup>. Insere-se, assim, a obrigação de prestação positiva do Estado em imprimir esforços para que as condições de saúde, entendida essa de maneira ampla, venham a ser promotoras e não obstáculos para o alcance dos demais direitos fundamentais.

Quando trata da saúde em seu art. 64º, mais cirúrgico ainda é o constituinte português ao fazer constar no ponto três: “3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: (...) f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência”. Realçado deve ser que o legislador português não mais considera que a criminalização do consumo de entorpecentes deva ser o meio utilizado para dar cumprimento à obrigação constitucional. Posteriormente desenvolveremos onde se funda tal escolha.

Caso não estejam exercitando as obrigações assumidas nas suas Constituições, estarão, os Estados, incorrendo em evidente comportamento inconstitucional. A natureza programática da norma constitucional ora em comento não pode ser álibi para transformá-la em promessa constitucional incosequente, postergando seu atendimento à discricionariedade governamental.

É por intermédio desse matiz protecionista, fruto do entendimento de que vivemos em um Estado patrocinador de uma “política de proteção integral de direitos” (BARATA, 1999, p. 109), que podemos permitir a interferência do poder público na proibição de atos e comportamentos socialmente e individualmente danosos à saúde, como é o consumo de certas substâncias classificadas como entorpecentes.

Quando o Estado proíbe e passa a reprimir, por meio do direito penal, o consumo de crack, por exemplo, o faz por entender que aquela atitude acaba por lesar um bem jurídico penal. No caso da utilização de entorpecentes, o aparato criminalístico é instrumentalizado pelo Estado como meio de efetivação da proteção que o mesmo tem por dever assegurar à saúde de seus cidadãos.

O bem jurídico da saúde humana, “como objeto que é em si mesmo socialmente relevante fundamental para a integridade do Estado” (BARATA, 1999, p.110), reveste-se com o manto da proteção penal. No caso exemplificativo mencionado, tal proteção é consequência, por sua vez, da sólida certeza de que o consumo de crack é uma ação que, pelas

<sup>6</sup> Conceito de Saúde elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

consequências degradantes que carrega, deve ser evitada a todo custo para o bem da harmonia social.

Impera-nos investigar, entretanto, se tal intervenção atinge, na prática, os objetivos impostos pelo contrato constitucional ao Estado, quando esse se viu obrigado a empreender tarefas concernentes à proteção da saúde de seus cidadãos.

## 5 MODELO PROIBICIONISTA BRASILEIRO

Fundamentado o suposto motivo da utilização do direito penal para o controle do consumo de drogas, insta esclarecer que tipo de criminalização atua sobre tal conduta em nosso ordenamento. A doutrina caracteriza o modelo brasileiro exposto pela Lei 11.343 como um *proibicionismo moderado*.

Embora o consumo e o tráfico de entorpecentes sejam identificados como ilícitos penais, apenas o segundo enseja uma resposta prisional, sendo o delito de consumo cominado com penas alternativas. A conduta de drogas passou, assim, por um processo de *despenalização*.

Aqui, visando uma melhor compreensão do desenvolvimento da pesquisa, cabe-nos uma breve digressão para diferenciar a *despenalização*, *descriminalização* e a *legalização*, termos por vezes indevidamente permutados no ambiente jurídico.

A *descriminalização* compreende a remoção do tratamento de uma conduta ou atividade da esfera da lei penal. Tal conduta ou atividade poderia passar a representar agora, uma ofensa administrativa, ou nem isso. De todo modo, não mais seria uma agressão penal.

Difere-se da *despenalização* porquanto essa se relaciona com a sanção penal imposta pela afronta a lei penal. Na lição de Luiz Flávio Gomes (2006, p.4) “Despenalizar significa adotar penas alternativas para o ilícito penal de modo que suavize a resposta penal e evite a aplicação da pena privativa de liberdade”<sup>7</sup>.

Diante do caso brasileiro, percebemos ser esse o sistema que passa a estar em vigência com Lei 11.343 em relação ao usuário. O consumidor de drogas, assim identificado, não mais irá preso. Responde, sim, a uma ofensa penal, mas não tem a pena de prisão como uma possível sanção cominada; circunstâncias não proporcionadas por um regime legalizante.

<sup>7</sup> Atentemos, no entanto, que o termo despenalização não parece ser o hermeneuticamente mais adequado, isso porque se deixa brecha para a falsa impressão de que passa a inexistir pena cominada ao ilícito despenalizado, quando na verdade é a utilização de um tipo específico de pena que foi abandonada (pena privativa de liberdade). Não obstante, por ser um termo consagrado na doutrina brasileira, opta-se por assim defini-la.

Na *legalização*, não mais se proíbe, por qualquer via jurídica, a prática de consumir drogas, por exemplo. Tal atividade passa, pelo contrário, a ter sua realização agora protegida pelo Estado, visto que a conduta estará na atmosfera dos atos lícitos, não podendo ser tolhida a liberdade do cidadão de executá-lo.

Depois dessa breve incursão pedagógica, voltamos à análise do chamado *proibicionismo à brasileira*. Percebe-se que o modelo gestado, ao atribuir penas bem distintas para os crimes de tráfico e consumo pessoal, delega considerável importância ao momento em que definir-se-á, no processo penal, quem será usuário e quem será traficante. O legislador acabou por transferir essa responsabilidade ao magistrado que, examinando critérios objetivos e subjetivos presentes no §2º do art 28 da Lei de Drogas<sup>8</sup>, decidirá se o consumo era para fins pessoais ou destinava-se ao tráfico.

Cabe afirmar que a supracitada norma expressa a tomada de consciência do legislador pátrio a respeito da necessidade de adequação da resposta penal a uma nova concepção da figura do usuário. A mentalidade de que o tratamento punitivo rigoroso, com penas de reclusão ou detenção representa o melhor caminho para lidar com o uso de drogas cai. Dá-se mais ênfase a proteção da saúde do usuário que, por sua vez, é a melhor proteção da própria sociedade.

Sendo o indivíduo identificado como usuário, o juiz aplicará as penas alternativas que os três primeiros incisos do art. 28 oferecem: admoestação verbal, prestação de serviços a comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em caso de recusa do agente de submeter-se às penas aplicadas, o juiz poderá valer-se novamente de uma admoestação verbal ou imprimir uma multa.

Digno de ressalva para os fins deste estudo é o § 7º também do art. 28 que versa que o juiz determinará ao poder público que coloque a disposição do infrator algum estabelecimento para tratamento especializado.

Em linhas gerais, assim define-se enquadramento legal brasileiro ao usuário de drogas. Em linhas gerais, o modelo brasileiro acaba por não deixar claro se enxerga o usuário como delinquente ou como um doente que necessitará de auxílio terapêutico.

Embora tratados com penas alternativas, não podendo ser presos – clara adoção da política de redução de danos – permanecem aqueles em contato com o sistema penal. Adiante tentaremos desvelar as possíveis consequências dessa indefinição do quadro legal pátrio.

---

<sup>8</sup> Art. 28 (...)§ 2o “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” Lei 11.343/2006.

## 6 O MODELO PORTUGUÊS DE REGULAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS

Ao contrário do que a princípio possa parecer, não é apenas o modelo legalizante que pode colmatar o vazio deixado pela ausência do controle proibicionista criminalizante. A pesquisa ampla no tema nos traz, por exemplo, a experiência da *descriminalização* do uso de entorpecentes adotada pelo governo português em 2001 e que vem apresentando, desde então, resultados dignos de uma análise mais detalhada sobre essa experiência no contexto europeu.

Mister faz-se entender de uma forma panorâmica o funcionamento da estratégia em Portugal. A Lei 30 de 2000, definidora do novo regime jurídico português aplicado ao consumo de substâncias psicotrópicas, bem como à proteção sanitária e social que envolve os consumidores, identificará como tal aquele que for encontrado “detendo, para uso próprio, uma quantidade de estupefaciente não superior à necessária ao consumo médio individual durante dez dias”<sup>9</sup>.

Alocado dentro dessa margem, passa o consumidor a recair não em sanções penais, mas numa série de sanções administrativas, denominadas *contra ordenações*, que variam conforme a aferição ou não da toxicod dependência do usuário e em função da necessidade de prevenir um novo consumo de substâncias psicotrópicas.

Para os não dependentes, as penalidades podem redundar de um nada, com o arquivamento do procedimento administrativo (obrigatória na primeira infração) à imposição de coimas (multas); aos toxicod dependentes, pendulam as penas entre a indicação de tratamentos psicossociais, os quais o consumidor escolhe sujeitar-se ou não. Caso sujeitem-se voluntariamente, os dependentes terão seus processos contra “ordenacionais” suspensos.

A não sujeição pode implicar a apresentação obrigatória a serviços de saúde, com vistas à melhoria das condições sanitárias ou a aplicação de penalidades administrativas, tais quais a suspensão do porte de arma, cassação de autorização para exercício de profissão e a proibição para frequentar certos lugares.

Todo o procedimento administrativo de aplicação das *contra ordenações* ocorre na chamada Comissão para Dissuasão da Toxicod dependência (CDT), órgão administrativo vinculado ao Ministério da Saúde criado com a finalidade específica de lidar com os casos de consumo de estupefacientes.

<sup>9</sup> Art. 2º (2). Lei 30. 2000, Assembleia da República Portuguesa.

Concebida para proporcionar ao *utente* um ambiente completamente diferente do de um júízo criminal, as comissões tem por base um política de proximidade e prevenção, são compostas por três pessoas sendo, dentre elas, um indicado pelo Ministro da Justiça, um pelo Ministro da Saúde e outro pelo Governo Civil responsável.

As comissões irão, assim, adjetivar a experiência portuguesa como uma descriminalização *desjudicializante*. Jorge Quintas (2011, p. 121), em sua tese de doutorado já citada anteriormente, vinca que a aplicação da lei atende a uma dupla finalidade:

- i)convencer os não toxicodependentes dos riscos e da indesejabilidade do uso;
- ii)incentivar os toxicodependentes a seguirem um processo de tratamento e reinserção na sociedade, ou pelo menos, importante inovação, a submeterem-se a medidas de mero controle sanitário que permitem a redução de danos e riscos provocados pelo consumo.

Pelo exposto conclui-se que o objetivo da lei portuguesa não é aplicar sanções, mas sim possibilitar por diversos caminhos o tratamento dos infratores. A criação de uma instância administrativa vinculada diretamente ao ministério da saúde expõe claramente a ênfase no tratamento do toxicodependente, relegando para segundo plano o sancionamento dos atos.

A opção pela proibição legal do consumo é mantida sob o pretexto pedagógico de demonstrar a desaprovação da conduta, contudo, sustenta-se essa desaprovação com uma resposta descriminalizante que se demonstra preocupada com o momento pós-identificação do usuário.

## 7 ANÁLISE COMPARATIVA DOS MODELOS APRESENTADOS

### 7.1 Resultados

Com intenção de medir os benefícios sociais globais dos dois modelos apresentados, os analisaremos segundo os critérios mencionados no início do estudo, a saber, o número de consumidores de drogas e evolução de outros efeitos sociais.

Impende definirmos, desde logo, o que seriam esses outros efeitos sociais que levaremos em consideração. Muitas alterações sociais poderiam ser invocadas como relacionadas direta ou indiretamente ao modelo legal de tratamento dos usuários. Ficamos, contudo, restritos aos dados que entram nos relatórios de organismos de investigação sobre o

tema. Esses trazem estatísticas, tais quais o número de casos de AIDS ou outras doenças relacionados ao uso de drogas injetáveis, internações decorrentes do uso de drogas, mortes devida overdose e o impacto nos consumos problemáticos.

O último relatório do OBID – Observatório Brasileiro de Investigação sobre Drogas, divulgado em 2009, traz que o nível de prevalência no consumo de drogas ilícitas entre 2001 e 2005 subiu de 19,4% para 22,8% da população geral.

O níveis de prevalência de maconha (6,9% – 8,8%), crack (0,4% – 0,7%), estimulantes (1,5% – 3,2%), cocaína (2,3% – 2,9%) e alucinógenos (0,6% – 1,1%), cresceram, tendências que comprovadamente não mudam nos anos seguintes a implementação da nova Lei de Drogas, como revela o mais atual e já referido relatório UNODC (UNODC, 2011).

Acresce referir que a cifra representativa dos estudantes do ensino fundamental e médio das redes estaduais e municipais também subiu, embora pouco, entre 2001 e 2005 de 21,6% para 22,6%, segundo o OBID. (OBID, 2009)

Os dados em Portugal são obtidos através dos relatórios do IDT – Instituto da Droga e Toxicodependência, os quais demonstram que, entre 2001 e 2007, houve um aumento de aproximadamente 3% no nível de prevalência do consumo de substâncias ilícitas entre entra a população de 15 a 24 anos. (IDT, 2007. Citado por GREENWALD, 2009, pag. 14).

Destrinchando os dados, notamos que, entre a faixa da população dos 15 aos 19 anos, houve um decréscimo de 3% no nível de prevalência, havendo o aumento no consumo de indivíduos entre 19 e 24 anos (6%) compensado tal decréscimo.

Um dos dados mais reveladores vem a ser os relativos ao consumo de drogas entre os estudantes secundaristas (ensino médio no Brasil), com as taxas de prevalência sofrendo grandes quedas. O uso de maconha caiu de 27% para 17%, o de ecstasy de 5% para menos de 3% assim como o uso de cocaína. (IDT, 2007. Citado por GREENWALD, 2009, p.13).

Saliente-se que o período da pesquisa coincide exatamente com a implementação do novo regime legal descriminalizante, sendo que os níveis do aumento de consumo precedem a mudança legislativa, não havendo nenhuma brusca alteração no número de usuários, em qualquer faixa etária, seja para mais ou para menos, além do fato de Portugal ter mantido em todos estes períodos níveis modestos de consumo quando comparado aos demais países europeus (QUINTAS, 2011. p. 219).

Seguindo nas análises dos resultados dos dois sistemas cabe comparar outros reflexos sociais como os casos de AIDS e os de outras doenças relacionados ao consumo além dos óbitos associados ao uso de drogas.

No Brasil, o OBID informa que, entre 2001 e 2006, o número de indivíduos na categoria de exposição UDI (usuário de drogas ilícitas) detectados com HIV passou de 3,9% para 5,1%. Quando os números levam em conta os casos de hepatite C relacionados com o consumo de drogas os aumentos são mais surpreendentes.

De 2001 a 2007, os casos de hepatite B com uso de drogas como provável fonte de infecção passaram de 11 para 254. Os de hepatite C, no mesmo período, saltaram de 149 para 2039. No país, o número de internações decorrentes do consumo de drogas diminuiu entre 2001 e 2007, de 143.199 para 134.674, uma informação preocupante quando os dados do mesmo relatório demonstram que os níveis de consumo não diminuíram, sinal de que o atendimento ao dependente vem se mostrando falho e deixando cada vez mais pessoas a sua margem. O número de óbitos associados a transtornos mentais e comportamentais derivados do uso de drogas também cresceu. Entre 2001 e 2007, os casos passaram de 5389 para 7856. (OBID, 2009, p. 127-183)

Em terras lusas, os casos de AIDS relacionados à toxicod dependência passaram de 556 em 2001, para 252 em 2006. O número mortes relacionadas ao consumo sofreu incremento, passando de 280, em 2001, para 338 em 2008, cifra que ainda é menor do que o número de 369 casos atingido em 1999, ainda sob a vigência do modelo criminalizante.

O número de *utentes* atendidos com quadro de consumo problemático nas instituições de tratamento públicas era de mais de 10000 no início dos anos 2000 e chegou a cair a faixa dos 5000 no ano de 2006.

Atualmente, retoma o crescimento, ficando na faixa dos 7000 atendidos. Assim, desde a descriminalização, ocorreu uma diminuição nas cifras de atendimentos a indivíduos em situação de consumo problemático (QUINTAS, 2011. p 211-233).

Considerando suficiente o acervo estatístico apresentado, passamos agora a uma análise mais profunda das relações entre os quadros legais adotados em Brasil e Portugal e os resultados obtidos.

## **7.2 Méritos e limitações**

O primeiro mito que decai da análise dos dados é o pré-julgamento, muitas vezes realizado, de que a descriminalização do consumo de drogas levaria a um vertiginoso aumento do número de usuários.

O que se demonstra no caso português é a continuidade da tendência de crescimento constatada nos anos anteriores à descriminalização. Se não se pode afirmar que a

descriminalização do consumo ocasiona uma diminuição nos níveis de prevalência, o contrário, que os eleva, igualmente, não pode ser dito.

Confirma-se, pois, que a alteração legislativa brasileira, despenalizando o uso, também não foi capaz de conter a escalada nos níveis de utilização. O grande diferencial entre os dois modelos normativos vem revelar-se, quando passamos à análise dos diversos efeitos sociais que as medidas legais parecem contribuir para originar ou, pelo menos, manter.

Os índices de casos de AIDS, mortes ocasionadas pelo uso de drogas e de consumo problemático em Portugal diminuíram nos anos seguintes à descriminalização. O Brasil, ao reverso, apresentou um aumento nos casos de AIDS, hepatites B e C, mortes relacionadas às drogas e a preocupante diminuição no número de atendimentos a usuários mesmo com o crescimento do consumo de tóxicos.

Ao que nos parece, o modelo brasileiro constrói óbices que o impedem de atingir suas próprias finalidades. Ao não definir claramente o modo de encarar a figura do usuário, a lei brasileira não abre completamente a porta para que os consumidores saiam do vício ou, pelo menos, do uso problemático, aquele mais suscetível a ocasionar danos à saúde.

Ao não descriminalizar, acaba por impedir que a sociedade lance um olhar diferente sobre o usuário, ao mesmo tempo em que o desmotiva, impedindo que o consumidor enxergue a si próprio como alguém que precise de tratamento.

O quadro legal também é frágil, ao realizar a interface entre o sistema da justiça e o sistema de saúde. O §7º do art.28, que poderia efetivar tal imbricação, é insuficiente. Não há garantia de que um tratamento será realizado em uma pessoa dependente, por exemplo.

Ora, pela teoria do bem jurídico, desenvolvida em linhas pretéritas, afirma-se que não bastará a um bem jurídico ser fundamental à sociedade para que possa ter sua proteção revestida pelo direito penal. Faz-se necessário que o instrumento penal demonstre sua eficiência para proporcionar tal proteção, o que visivelmente não vem se demonstrando no caso brasileiro.

Ainda antes disso, em respeito ao princípio da subsidiariedade, caso haja instrumento social, que não a criminalização, para que se proteja eficientemente um bem essencial, deve este meio preterir à utilização do aparato penalístico.

É nesta perspectiva que o modelo luso parece melhor acabado, mais coerente com seus próprios fins. É claro que a destipificação não implica somente em consequências acadêmicas e, ao compararmos modelo brasileiro ao modelo português, temos a prova disso, representando uma clara alternativa à criminalização e, assim, renunciando seu próprio fim.

Como vimos, além de descriminalizar, Portugal desjudicializou a forma de tratar o usuário com a criação das Comissões de Dissuasão e Toxicodependência, possibilitando uma maior capilaridade do sistema de saúde aos consumidores, identificados pelo sistema de segurança pública.

Guedes Valente (2006, p. 160) bem define a importância da desjudicialização para o funcionamento do sistema:

O próprio cariz e fundamento da descriminalização, que é de sentido técnico, ao permitir uma materialização mais visível e eficaz dos princípios do consenso e da oportunidade impõe que não seja um órgão jurisdicional a processar as contraordenações e a aplicar as correspondentes sanções, ou seja, ao descriminalizar-se não faria qualquer sentido manter-se a mesma estrutura e o mesmo iter judicial, mas por si sempre fiscalizado e controlado.

João Castel-Branco Goulão, presidente do Instituto de Drogas e Toxicodependência, relata que, antes de 2001, o principal desafio enfrentado era a o medo que os usuários possuíam de buscar um tratamento para sua dependência; havia por parte deles o receio de serem presos ou processados criminalmente. A primeira evolução foi proporcionar aos usuários meios de tratamentos efetivos e humanos que pudessem ser alcançados sem o medo do utente ter de carregar o signo da criminalização.

Além disso, a descriminalização poupou milhões de euros destinados ao combate criminal do consumo de drogas para revertê-los à seara da saúde e assistência social, reside aí o primeiro mérito deste modelo legal. (GREENWALD, 2009. p. 9-8)

O segundo mérito é a configuração do modelo de tratamento biopsicossocial português, que consegue fazer com que o *utente*, mesmo que não queira realizar um tratamento, interaja com o sistema de saúde da maneira mais atrativa possível. Primeiro, há de se diferenciar o consumidor dependente do não dependente.

Tal definição será realizada, como já citado, por uma comissão de profissionais de diversas áreas, proporcionando uma ampla visão do juízo concebido sobre o caso. Se identificado como não dependente, o princípio da oportunidade norteará a ação da comissão, que poderá, por exemplo, suspender o processo.

Mesmo em tal caso, todavia, já se possibilita o início de um tratamento. Em caso de identificação como dependente, o contato com o sistema de saúde já será obrigatório. Tenta-se deixar a “oferta” de tratamento o mais atrativa possível, mas se mesmo assim o dependente

não aceitá-la haverá de comparecer nos estabelecimentos de saúde para que sejam garantidas a redução de danos e a minimização dos riscos do uso.

Não se trata nem de obrigar o consumidor a um tratamento nem de deixá-lo ao largo de qualquer medida de cuidado. Quintas nos ajuda a definir:

Mais do que servir como dissuasão dos comportamentos de consumo a lei da descriminalização do consumo instaura efetivamente, na prática, uma intenção, já antiga, de conduzir os consumidores toxicodependentes detectados por actos de consumo aos serviços de tratamento. Condicionar positivamente a evolução de um tratamento é a mais evidente das consequências da descriminalização do consumo, fornecendo oportunidades para aplicar uma medida de reação legal, já anteriormente, considerada mais adaptada às transgressões de consumo.” (QUINTAS, 2011, p. 219)

Por fim, a política biopsicossocial, como todos os outros modelos de enquadramento legal do consumo de drogas, não fica imune a críticas. Há quem defina como um erro tratar o usuário como doente ou submetê-lo a qualquer contato que seja com um sistema de saúde.

Se nos perguntamos no começo do estudo *por que deve ser o consumo drogas criminalizado?*, poderíamos muito bem perguntar, em uma pesquisa com um novo enfoque, *por que deve ser o consumo de drogas legalmente controlado?*, ou mesmo *por que deve ser o consumo de drogas proibido?*, com o diferencial de que não teríamos nenhuma experiência empírica a ocorrer no mundo atual que nos permitisse uma comparação com diversos modelos legais de controle.

Não obstante, os benefícios que descriminalização e a desjudicialização chancelam a lei portuguesa nos parecem bastante evidentes diante das constatações fáticas. É consenso de que o modelo legal não será o único fator que definirá os ritmos dos danos que o consumo de tóxicos infringe numa população, os mais diversos fatores interagem para tal; essencial é, todavia, que o sistema potencialize os fatores que podem desencadear uma diminuição do consumo, não sendo óbice a tal.

Foi nesse último papel, no entanto, que o modelo criminalizante brasileiro mostrou atuar, sendo incapaz de sustentar sua própria existência e, assim, de bem responder a pergunta por nós colocada: *por que deve ser o consumo de drogas criminalizado?*

Nesse contexto, o sistema português aparece como capaz de oferecer boas propostas sobre as quais devemos refletir vez que, mesmo não conseguindo diminuir as taxas de

consumo na população em geral, parece catalisar os fatores de diminuição de danos sociais que esse consumo acarreta no meio.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo o que foi dito pode-se concluir que a mais moderna teoria do bem jurídico penal compreende que os objetos da proteção criminal devem ser apreendidos tão somente a partir da escala valorativa imposta pela Constituição; a resposta penal deve passar, ainda, pelo crivo da eficácia e da subsidiariedade para que, aí sim, possa legitimar sua atuação. O bem jurídico que busca ser protegido pela criminalização do consumo de drogas, tanto no Brasil quanto em Portugal, é o da saúde pública.

O controle penal sobre o uso de drogas é expressado, no ordenamento brasileiro, por meio de um proibicionismo criminalizante moderado. Em terras lusas, o controle do consumo de drogas é realizado através de um enquadramento não penal (administrativo) desjudicializante, através das Comissões de Dissuasão e Toxicodependência.

Os dados coletados demonstram que o *proibicionismo à brasileira* não diminuiu os níveis de consumo de tóxicos e a descriminalização, em Portugal, não foi capaz de alterar a tendência já anteriormente constatada de aumento do consumo de drogas.

Entretanto, o modelo português, ao contrário do brasileiro, reduziu diversos efeitos sociais negativos relacionados direta ou indiretamente ao consumo de drogas. Tal diminuição deve-se, primeiramente, ao fato da descriminalização ter sido desjudicializante, trazendo o usuário para uma dimensão muito mais adequada à sua reinserção ou, por vezes, inserção social.

O segundo fator elementar é o forte poder de atuação do sistema de saúde que a lei Oconcede, colocando sobre proteção legal e social aqueles que antes não estavam. O modelo criminalizante não consegue, portanto, sustentar-se, havendo claras vantagens na adoção de enquadramentos legais alternativos.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciências penales. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 29, a. 8, p. 27-52 jan./mar., 2000.

\_\_\_\_\_. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 2, n. 5, jan./mar.1994, p. 5-24.

BECHARA, Ana Elisa. L.S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, a. 2, p. 16-29, mai./ago., 2008. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/\\_pdf/01/artigo1.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6 ed.

GREENWALD, Glenn. **Drugs decriminalizatio in Portugal. Lessons for creating fair and successful drug policy**. Cato Institute. 2009. Washington DC.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1141, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8790>>. Acesso em: 27 out. 2011.

POIARES, Carlos. Variações sobre drogas. **Toxicodependências**. Lisboa. v.7, n. 2. 67-75. mai./ago., 2001.

QUINTAS, Jorge. **Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização**. 1 ed. Porto: Fronteira do Caos, 2011.

RASSI, João Daniel. FILHO, Vicente Greco. **Lei de drogas anotada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

United Nations Office on Drugs and Crime. **World Drug report 2009**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2009.html>>. Acesso em: 23 out. 2012.

United Nations Office on Drugs and Crime. **World Drug report 2011**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2011.html>>. Acesso em: 23 out. 2012.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Consumo de drogas: reflexões sobre o quadro legal**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

## **COMPARATIVE ANALYSES BRAZIL- PORTUGAL: THE CRIMINAL CONTROL AS AN EFFECTIVE WAY TO PROTECT PUBLIC HEALTH REGARDING THE PROBLEMATIC OF DRUGS USE**

### **ABSTRACT**

The article aims to question the effectiveness of criminal law as an instrument to promote public health regarding the cases of drugs use. It examines the Brazilian criminal model comparing it with the Portuguese regulatory system for drugs use. The comparison of the two legal models has the goal to answer the question: why should drugs use be criminalized?

**Keywords:** Criminal control. Public Health. Drugs consumption. Portuguese Experience. Drugs Decriminalization.