

Descriminalização ou despenalização do uso de droga: os efeitos da Lei 11.343/2006

Ari Bassi do Nascimento¹

Universidade Estadual de Londrina

Resumo: A Lei federal nº. 11.343/2006 renovou a discussão a respeito do uso de drogas e instaurou uma divergência sobre se o uso foi legalizado, descriminalizado ou despenalizado. Não foi legalizado nem descriminalizado, mas despenalizado se por pena forem entendidas somente medidas restritivas ou privativas de liberdade. Este artigo explora a conceituação vaga sobre o que seja droga e também porque a sociedade tem preocupação especial com adicção aos efeitos de drogas. Discute a inépcia do castigo como um instrumento de prevenção ao uso de drogas e aponta a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas como uma inovação bem-vinda que pode resultar em mudança de paradigma quanto às maneiras de se encarar o uso de drogas.

Palavras-chave: Lei 11.343, drogas, descriminalização, pena.

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 pode ter facilitado a vida de alguns usuários de drogas, mas gerou muita confusão no campo do debate jurídico. O dispositivo de lei trata, pretensamente, das elementares do crime de uso ilícito de drogas. Enquanto fez isso em seu preceito primário, silenciou sobre a privação ou restrição de liberdade como sanção cominada logicamente ao do cometimento do crime. Embora os incisos I, II e III do *caput* e os incisos I e II do parágrafo 6º, ambos do artigo 28, tratem de consequências impostas pelo juiz em função do uso de drogas, em nenhum desses incisos se fala em penas privativas ou restritivas de liberdade.

Com isso se estabeleceu a polêmica e abriu a divergência em torno de um exercício para se saber se de fato houve ou não descriminalização das condutas relativas ao consumo de drogas. Embora este não seja o ponto fundamental, mas apenas a título de esclarecimento terminológico, não faz nenhum sentido polemizar sobre descriminalização ou criminalização de drogas. Por uma questão óbvia, qualquer possibilidade, se levada à cabo, seria estéril. Nada muda se a questão da criminalização restringir-se somente às drogas. Drogas não são sujeitos de direitos nem de deveres. Apenas o comportamento do indivíduo em relação a elas pode ser objeto de uma política criminal.

Assim, do ponto de vista da utilidade matéria criminal, pouco se conta rotular uma droga de ilícita ou lícita. O que importa – quanto à licitude ou não – são as condutas

¹ Doutor em Psicobiologia pela Universidade de São Paulo-Ribeirão Preto. Professor Associado do Departamento de Psicologia Geral e Análise do Comportamento. Centro de Ciências Biológicas. Universidade Estadual de Londrina.

humanas pertinentes às drogas. A propósito, essas condutas são adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal. Por outro lado, também são condutas que contam como criminosas as de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de produto ou substância destinada a causar dependência física ou psíquica. O dispositivo de lei não abriu mão da classificação clássica do que seja droga ao classificá-la como substância que cause dependência física ou psíquica. Mas aqui há uma contradição: diz o inciso II do artigo 19 que, para orientar ações dos serviços públicos e privados, devem-se adotar conceitos objetivos e evitar preconceitos e estigmatização. Obviamente que a própria lei não contribuiu ao que se propôs ou recomendou. Afinal, a comunidade não considera um elogio ou uma qualificação enaltecida do indivíduo que seja identificado como dependente (o tema da dependência será tratado à frente).

Adicionalmente, o artigo 66 da Lei 11.343/06 dá uma definição restrita sobre o que seja droga. Ao optar por caracterizar drogas como substâncias que entorpecem, que sejam psicotrópicas ou que estejam sob controle especial, o dispositivo em nada ajuda a conceituação do composto, já que fica a meio caminho entre uma definição ordinária e uma definição farmacológica. Um exemplo disso é a nicotina. A substância faz parte da Portaria nº. 344 do SVS/MS e como tal atende o critério sobre o que seja droga.

Entretanto, o que dizer sobre o isofluorofato, uma substância da classe dos organofosforados? Bem, aí não se enquadra como droga, já que não aparece como um entorpecente ou psicotrópico. O agente é usado como agrotóxico e possui diversos efeitos, entre os quais os de inseticida. Em contato com indivíduo, a substância se liga covalentemente com a hidroxila da serina (um aminoácido) da colinesterase, inabilitando a enzima permanentemente ou até a desalquilação do inibidor (envelhecimento). A inibição irreversível da colinesterase resulta em acúmulo de acetilcolina. Os efeitos vão de extremamente desagradáveis à morte.

Não há dúvida de que nicotina seja classificada como droga, mas também é um pesticida. Dada uma de suas funções, o critério para se dizer que uma seja droga e outra não perde seu poder sistematizador. A nicotina é um antagonista indireto do sistema colinérgico, enquanto o isofluorofato um agonista indireto. Para o artigo 66 da Lei 11.343, a primeira é droga, mas a outra não o é.

Mas a nicotina é útil em outra conta. Nicotina é substância que resulta em ajuste disposicional fisiológico (também conhecido ordinariamente como tolerância) e à adicção. Aqui há um entrave para os critérios definidores do que seja droga. Sabe-se que para ser droga uma substância deva ser psicotrópica, entorpecente ou ser regulada por critérios especiais. Mas de fato que isso quer dizer? Psicotrópicos e entorpecentes são drogas que alteram a atividade mental, o comportamento, a percepção ou humor. Difícil é saber o que não altera. Logo, os dois critérios são muito vagos. Mas fazer alguns tipos de exercícios físicos, executados de forma habitual e ritualisticamente, podem não entorpecer o indivíduo, mas se sabe que vinculam o indivíduo à atividade, de forma que alguns experimentam sensações desagradáveis caso deixem de se exercitarem. Aquelas sensações são similares aos sinais de efeitos de supressão de administração de algumas drogas.

Esse é o mesmo princípio da adicção aos efeitos de drogas. Talvez adicção seja o grande problema que os indivíduos enfrentam em suas interações com drogas. Afinal, que perigo há a se temer caso o consumo de uma droga resulte em entorpecimento, mas o ato não se repete? Ainda que se deixem de lado termos vagos como entorpecentes e psicotrópicos, sabe-se que o contato de algumas substâncias com a matéria biológica

resulta em efeitos extraordinários, de forma que aumentam muito as chances de o indivíduo voltar ao consumo da substância em outra ocasião.

A questão importante é a de se saber se isso é tão perigoso a ponto de exigir uma lei que defina tal comportamento como crime? A resposta é sim e não. A repetição de certas condutas é uma consequência, quase lógica, da interação do indivíduo com objetos disponíveis. Mas nem por isso as condutas que se repetem em função de suas próprias consequências são definidas como crimes.

Há casos em que o indivíduo abre mão de aspectos reconhecidos como essenciais em função do trabalho. E isso é penoso para o indivíduo, para a família, para o sistema de saúde e para a própria produtividade. Certas empresas contratam administradores que chegam ao trabalho após as nove horas da manhã, que gostam de folgas, descansos, fins de semana com família ou com amigos e que não levam trabalho para casa. Logo se pode ver que não há interesse de nenhuma política criminal sobre a conduta de adicção aos efeitos de tarefas laboriais.

Outros indivíduos acham muito prazeroso o comportamento de comer. Há uma miríade de consequências desastrosas para o indivíduo em função da adicção aos efeitos de alguns tipos de alimentos. Mas também não há interesse algum, criminalmente falando, sobre essa conduta abusiva. O comportamento sexual pode seguir a mesma linha, mas aí também não há um interesse específico de nenhuma política criminal, desde que o ato sexual por si só já não seja um crime. Então, por que há interesse específico da sociedade sobre a conduta de consumir, repetidamente, drogas?

A sociedade, via processo legislativo, adota uma predileção especial em definir como crime a conduta de consumir drogas. Se se perguntasse as razões desse interesse especial, as respostas seriam muitas. Porém todas seriam mediadas pela concepção de drogas resultam em efeitos que reduzem as habilidades do indivíduo para se guiar em sociedades em função dos padrões morais. Mas também é possível que a sociedade se ressinta quanto aos que usam drogas porque os julga de “espírito fraco”. Uma saída para seu próprio ressentimento é de se dispor a tutelar aquela fraqueza de caráter de duas maneiras: (1) pela abordagem do tratamento (um sinal de modernidade) e (2) pela abordagem do castigo.

A abordagem do castigo será a única a ser tratada aqui. Por exemplo, mesmo quando todos os sinais de previsibilidade da ocorrência de um crime estejam presentes, ainda assim não se forma uma solidariedade ativa (pelas pessoas do povo) no sentido de se concorrer para prevenir a ocorrência de um fato típico (crime). Todavia, basta que o agente tenha praticado o fato para que se forme um consórcio com legitimidade passiva – uma verdadeira solidariedade passiva – a exigir castigo pela conduta típica. A exigência é uniforme, dirigida e concordante: beira o fanatismo a crença de que castigo deva ser imposto.

Mas daí surgem demandas derivadas. Para Louk Hulsman², defensor do abolicionismo penal, a imposição do castigo resulta em quatro classes de solidariedade: (a) a solidariedade com os condenados; (b) a solidariedade com as pessoas vitimadas – Aqui há de se ter algum cuidado com quem seja a vítima do uso de drogas; (c) solidariedade com os que vivem em sociedade e precisam se libertar de suas crenças levianas de que os problemas decorrentes das relações sociais possam ser resolvidos

² Louk Hulsman era professor de direito penal e criminologia na Universidade Rotterdam. Ele morreu em 20 de fevereiro de 2009.

pelo sistema penal e (d) solidariedade com as pessoas que asseguram o funcionamento do sistema penal que, segundo ele, sentiriam prazer em se libertar de tal sistema.

Entretanto, a sociedade não parece disposta a se libertar de suas crenças levinas de que os problemas ocorridos em seu meio serão resolvidos pelo sistema penal. O leitor pouco assíduo à discussão da Lei 11.343/2006 pode não perceber, mas há uma celeuma pertinente às interpretações possíveis que podem ser dadas ao artigo 28 da Lei. Desprovido das especificações das penas restritivas ou privativas de liberdade em seu preceito secundário, o artigo 28 da Lei deixou a conduta de usar drogas com cara de descriminalizada para alguns, de conduta “sui generis” para outros, de conduta criminosa, porém despenalizada para outra parte ou simplesmente conduta criminosa para o restante.

O grande debate (jurista ou leigo) sobre a Lei foi o de marcar posição a respeito do artigo 28. Não se devem desmerecer os esforços dos juristas em definir questão tão importante, pois esses debates têm relevância para o caso concreto. E a leitura simples da Lei revela que a ontologia do crime ficou intacta. Mas a discussão não se esgota e embora pareça importante, ela pode ser resumida em dois pontos:

A não cominação de pena de reclusão ou de detenção às condutas do artigo 28 indica despenalização e não descriminalização;

Os incisos XLVI e XLVII do artigo 5º da Constituição Federal fornecem indicativos de penas que vão além das penas de reclusão, de detenção ou de prisão simples, de forma que as condutas do artigo 28 da lei 11.343/06 tratam de fatos típicos e continuam sendo crime.

Aparentemente, toda confusão decorre da parte do preceito secundário da norma. É nesse preceito que são definidas as sanções aplicáveis ao crime descrito no preceito primário. Mas a idéia de crime sem castigo atordoia as discussões jurídicas, chegando-se ao ponto de alguns sugerirem que o artigo 28 da Lei não se trata de nada dito até agora, mas sim de uma pena civil, a exemplo do artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro cujo fundamento para aplicação da pena de reparação é a constatação, na sentença penal, de prejuízos materiais derivados do delito de trânsito, de forma que a multa reparatória não tem função de castigo nem de ressocialização do delinqüente.

Logo, o que se quer é garantir que o conceito de crime tenha sua ontologia definida na configuração da descrição do tipo e na prescrição de pena. Mas também se quer que a pena configure um castigo com as funções de prevenir, de educar e de ressocializar – um sistema baseado na máxima de que a pena educa. No século XXI, com tantas constatações e evidências apontando o paradoxo de tal máxima, é difícil imaginar que nos discursos jurídicos, pertinentes aos fundamentos de uma política criminal, os pontos fundamentais sejam: (1) ausência de cominação em abstrato de reclusão ou detenção degenera o preceito primário da norma e (2) prevenção ou repressão constituem atividades a ser levadas à cabo em função de que a violação deva ser seguida pelo castigo. Mas não qualquer tipo de castigo e sim um especial, o castigo que educa. Haverá um dia em que a sociedade se declarará livre de tanta estupidez ou seguiremos feroz e religiosamente solidários com a idéia fixa de que o castigo penal seja a justiça única para os danos de um crime?

Mas há ainda outra preocupação meridiana dos intérpretes da Lei nova. Para eles, se a Lei 11.343/06 toma a prevenção como um de seus princípios, então não poderia dispensar tratamento igual entre usuários e dependentes. Já faz um bom tempo que o termo *dependente* deveria ter sido abolido quando se trata da relação entre indivíduos e

uso de drogas. Dada a aplicação demasiadamente ampla do termo, ele não serve como referência para um fato específico. Afinal, quem não é dependente disso ou daquilo? De nutrição, de água, de calor, de abrigo, etc.?

Todos esses “objetos” exercem sobre o indivíduo em efeito modal, ora a magnitude do efeito aparece sob a forma de U invertido, ora como uma parábola. Essa contradição não é importante. É importante notar a relatividade que se forma em função da interação-consumo indivíduo-objeto. Ora se consome avidamente dado objeto, ora o mesmo objeto é rejeitado. Se aqueles objetos fossem drogas, aplicar-se-iam as mesmas observações. Assim, em vez de dependência, adicção. Mas adicção a alguns efeitos da droga, pois nem a todos os efeitos se desenvolve adicção. Adicção pode ser definida como um tipo de vínculo entre o indivíduo, o contexto e os efeitos da droga. Não se deve, agora, tratar o vínculo como imune a tantas outras leis, por exemplo, as leis econômicas, tomadas em seu sentido mais amplo.

E sobre a preocupação dos intérpretes da Lei nova? É bom lembrar que a preocupação tende a diferenciar usuário de dependente de droga quanto aos objetivos da prevenção. Mas às vezes a tentativa tem outro objetivo: o usuário não poderia usar do critério da esculpação em função da dependência, enquanto o dependente poderia, no caso de outra conduta típica ter ocorrido enquanto o indivíduo estivesse sob efeitos de drogas. Embora implícita, a dependência é entendida como doença, uma boa justificativa para a esculpação.

Certamente a preocupação faz sentido para fins de prevenção. Mas essa não deveria ser a tônica de outra discussão. A Lei, em dado momento, usou expressões “usuário e dependente” e “usuário ou dependente”, sugerindo, no último caso, uma despreocupação terminológica, preferindo – aparentemente – usar termos já consagrados somente no sentido de facilitar a linguagem sem, de fato, insistir numa diferença entre eles.

A Lei nova criou o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas). Isso deveria ser a tônica dos debates e de discussões, em vez de se preferir discussões sobre descriminalização ou despenalização das condutas tipificadas no artigo 28 da Lei³), o que tem sido comum. As finalidades do Sisnad são claras: prevenir o uso indevido de drogas e prover atenção e reinserção social aos usuários e dependentes de drogas. O sistema pretende fazer isso via redução dos fatores de vulnerabilidade e de riscos, de um lado, e fortalecimento dos fatores de proteção, por outro lado.

O Sisnad aponta para três objetivos: (1) a inclusão social do cidadão, (2) construção e socialização do conhecimento sobre drogas, e (3) integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. As finalidades assim como os objetivos do Sisnad soam demasiadamente utópicos, particularmente o primeiro objetivo. O que, de fato, quer dizer “inclusão social do cidadão”?

A despeito da utopia e da vagueza de seus objetivos, foi um grande avanço o fato de uma lei federal sobre prevenção e repressão ao uso, tráfico e financiamento de drogas – que herda as filosofias punitiva e processual das leis 6.368/76 e 10.406/2002, respectivamente – tratar e dispor da criação de um sistema de políticas públicas sobre drogas. A questão foco tratada neste debate não pode ser desvinculada do próprio debate desse sistema.

³ Partes deste texto foram apresentadas no I Seminário Regional de Penas Alternativas, Universidade Estadual de Londrina, de 25 a 26 de setembro de 2008.

Superada a visão das drogas sob a perspectiva do sistema legal, agora a vez da perspectiva evolutiva. Esta abordagem cuida de responder três questões: (1) por que as drogas aparecem na natureza sob o arranjo químico que possuem, isto é, já prontas para resultar em transformações da fisiologia de nossos corpos?; (2) por que algumas pessoas abusam de drogas e outras não?; e (3) por que todas as pessoas são vulneráveis aos efeitos de drogas?

Randolph Nesse⁴, em seus comentários sobre Abordagens evolucionárias da adicção, retrata um panorama desalentador e preocupante. Para ele, as drogas aparecem na forma química que possuem porque servem como um sistema de defesa das plantas. De fato, elas parecem funcionar como armas para um exército que não pode correr, não pode fugir ou se esquivar de organismos que queiram comê-las. Cafeína, cocaína e opiáceos interagem com o sistema nervoso de animais, não só resultando em insônia, mas esses agentes são toxinas potentes, de forma que não só deixam animais “altos” como os levam a morte. Mas há casos em que as plantas se beneficiam das drogas que secretam através do sistema reprodutivo. Certa substância pode ser secretada em maior ou menor quantidade se disso resulta em benefícios relativos à polinização e ao agente polinizador.

Sobre porque certas pessoas abusam de drogas e outras não, Nesse acha que esta questão deve ser tratada do ponto de vista das diferenças individuais. Se se descobrisse quais fatores predizem quem irá abusar de drogas, então seria possível mudar esses fatores, trabalhar em prevenção e tratamento. O debate nesse campo enfatiza quatro pontos distintos: (a) diferenças genéticas; (b) história de vida; (c) fatores psicológicos e (d) mecanismos cerebrais. Mas a ênfase nesses pontos serve somente para explicar como as coisas funcionam e compõe a explicação proximal (processual ou mecânica) para o uso abusivo de drogas.

Mas é possível ver o abuso de drogas sob outra perspectiva. A perspectiva que questiona porque todas as pessoas são vulneráveis aos efeitos de drogas. Esta perspectiva revela que fatores evolutivos moldaram o cérebro, principalmente mecanismos de regulação comportamental baseados na química de neurotransmissores. Dessa forma, não só não é surpresa como é inevitável que substâncias que excitam o sistema nervoso resultam em escalada do comportamento de consumir drogas. Assim, consumir drogas é fazer o que se espera. Em vez de se perguntar o que há de errado em ser vulnerável ao consumo de drogas, a pergunta intrigante seria “por que certas pessoas não usam drogas?”. Especialmente, por que pessoas podem usar drogas, mas decidem parar?

Esta perspectiva ajuda a compreender porque o abuso de drogas é algo devastador. Suponha que o uso de drogas custasse somente tempo e dinheiro. Se fosse assim, então ele seria simples, pois seus custos pareceriam com os de jogos de azar, cassinos, videogames ou outro tipo de diversão não produtiva. Todavia, essas substâncias perturbam muito estados “destinados” a regular outros comportamentos. Elas ativam mecanismos de recompensas artificialmente, excitando circuitos que são disparados normalmente por eventos que provêm um ganho enorme em termos de ajuste ou adaptação. Mas essas substâncias não produzem nenhum tipo de ganho em ajustamento; elas resultam apenas em uma ilusão de prazer, que tende a ter mais força se as fontes de prazer de uma pessoa em sua vida ordinária estiverem debilitadas.

⁴ Nesse, R. (2002) Evolution and addcitoin. *Addiction*, 97: 470-474.

O texto acima deu uma visão sobre como o sistema legal ampara, fundamenta e é instrumento da sociedade no combate ao usuário de drogas. Porém, o sistema se revelou fracassado naquilo que visa tutelar. Nem a segurança da sociedade nem a saúde do usuário se beneficiaram desse sistema. Por fim, a prisão do usuário de drogas não é mais o único caminho. A Lei favoreceu outras possibilidades e criou um sistema nacional de políticas públicas sobre drogas. Resta à sociedade – através de segmentos próprios – debater e exigir o cumprimento da Lei 11.343/06.

Nascimento, A. B. (2009). Drug abuse after the federal law n. 11.343: is it a crime or a crime without punishment? *Revista de Psicologia da Unesp*, 8(1), 122-128.

Abstract: *The Brazilian federal law n. 11.343/2006 renewed the discussions on the issues of drug abuse. Actually that law set a divergence among jurists on the debate whether the drug abuse is crime or not. Since Brazil has signed up for international agreement for not drug proliferation, then the country can not make a law legalizing the drug use. This point makes clear that drug abuse is crime. It is a type of crime which is not followed by traditional sanctions as detention or prison, but it is followed by other kind of punishment such as fine or forced treatment for drug dependence. This paper further explores why society is so concerned to drug abuse. Also, it discusses how inept is the punishment as a tool to prevent or to diminish the drug abuse. It welcomes the creation of the national system of public policies of drugs, which may represent a good attempt to change obsolete paradigms about the drug abuse.*

Key-words: *Law 11.343, drug abuse, crime, punishment.*

Referências:

Nesse, R. M. & Berridge, K. C. (1997, October). Psychoactive Drug Use in Evolutionary Perspective. *Science*, (3).

Lei 11.343/2006. Acessado do www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm.

*Recebido: fevereiro de 2009.
Aprovado: junho de 2009.*