

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

SOLANGE FERREIRA DOS SANTOS OLIVEIRA

**A DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 FRENTE A
REALIDADE CRIMINAL**

Juina/MT
2012

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BACHARELADO EM DIREITO

SOLANGE FERREIRA DOS SANTOS OLIVEIRA

**A DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 FRENTE A
REALIDADE CRIMINAL**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena - AJES como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Christiane Splicido

Juina/MT
2012

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

Monografia apresentada em ____/____/2012 e aprovada pela Banca Examinadora,
constituída pelos professores:

Christiane Splicido
Orientadora-presidente da banca

Vilmar de Moura Guarani

Luiz Fernando Morais de Melo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Otávio e Guilhermina, *in memoriam*, pela realização do sonho que eles não puderam presenciar, entretanto, sempre me incentivaram a nunca desistir dos meus sonhos e por sempre acreditarem em minha capacidade.

Ao meu esposo Edmilso, companheiro de todas as horas, mas em especial nesse período de graduação e conclusão de monografia, pelo incentivo, pela compreensão e pelo amor a mim dedicado, registro aqui, além da minha gratidão, o meu amor por você.

Aos meus filhos Welber Allan e Lincoln Marcos, pelo carinho, pela confiança e acima de tudo pelo amor incondicional que me dedicam todos os momentos da minha vida, filhos, eu amo vocês.

À minha “mãe do coração” Jaci, por me fazer sentir orgulho de ser sua filha, pelo seu amor durante toda minha vida.

A minha nora Fabiane, pelo carinho e pelo incentivo. Nunca me esquecerei de sua generosidade e das palavras incentivadoras “você consegue”.

Ao meu primeiro e amado neto Otávio, pela vinda a esse mundo trazendo alegria e esperança de que através de você meu querido, eu continuarei viva, mesmo que não materialmente. Quero que você saiba que essa graduação é dedicada a você como forma de incentivo, para que você saiba que o meu desejo é que você prossiga sempre, que você não encontre limitações em sua vida, mas que vá sempre mais além dos obstáculos que a vida lhe oferecer. É o que deixo de melhor conselho a você.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por me permitir chegar a mais uma etapa das minhas determinações, sem sua graça, nada sou.

Agradeço aos meus colegas de curso em especial as amigas Cris, Viviane e Elisandra (Maninha), pelos momentos felizes que passamos ao longo desses cinco anos, amigas, sem a amizade sincera não teria sido tão prazeroso concluir esse curso.

À minha querida colega e amiga de longos anos e de todos os momentos Diva Braga, obrigada por estar presente em minha vida e principalmente pelas suas orações sinceras.

A toda equipe da Ajes: Diretora de ensino, Coordenadora de Curso, agentes administrativas, aos professores que nunca mediram esforços para que tivéssemos o melhor aproveitamento acadêmico, e em especial ao colega e diretor Clódis Antonio Menegaz.

E por último um agradecimento especial a minha orientadora Professora Mestre Christiane Splicido, pelo apoio e pelo carinho a mim dispensados nesses últimos momentos de conclusão de monografia, sem esse incentivo, estou certa de que não teria conseguido finalizar esse trabalho. Obrigada de coração.

"A experiência mostrou que a prisão, ao contrário do que se sonhou e desejou, não regenera: avilta, despersonaliza, vicia, perverte, corrompe e brutaliza."

Evandro Lins e Silva

RESUMO

Trataremos nesse estudo a polêmica existente acerca do artigo 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Tal polêmica se dá em razão da afirmação do Supremo Tribunal Federal de que a conduta descrita no artigo 28, embora despenalizada continua criminosa. Em contrario senso, a doutrina discorda e afirma que houve descriminalização da conduta uma vez que esta não tem mais previsão de pena privativa de liberdade. Pretende-se, ao final dessa monografia demonstrar que a conduta do usuário de drogas continua sendo criminosa, e que com o advento da Lei 11.343/06, nova Lei de Tóxicos, não houve abolitio criminis do uso de drogas, e tampouco a sua descriminalização. Será demonstrado, portanto, que a conduta incriminada pelo artigo 28 continua a ter natureza jurídica de crime.

Palavras-chave: Lei n. 11.343/06 – Artigo 28 - Uso de Drogas – Descriminalização – Despenalização – Natureza Jurídica de Crime

ABSTRACT

This study will deal with the controversy about the existing article 28 of Law 11.343 of 23 August 2006. This controversy arises because the statement of the Supreme Court that the conduct described in article 28, although still criminal decriminalized. In the opposite sense, the doctrine disagrees and says there were decriminalizations of conduct since it has no more predictive custodial sentence. It is intended, at the end of this monograph demonstrate that the conduct of drug users remains a criminal offense, and that with the advent of Law 11.343/06, the new Law on Toxic, no abolition criminals drug use, nor its decriminalization. It will be demonstrated, therefore, that the contested conduct under article 28 continues to have legal crime.

Keywords: Law no. 11.343/06 - Article 28 - drugs - decriminalization - decriminalization - the legal nature of crime.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C – antes de Cristo

Art. – Artigo

CPP – código de processo penal.

OMS – organização mundial de saúde

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

CF – constituição federal

TJRS - /Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJMT – Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Sumário

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS	13
1 - Dos princípios	13
1.2 - Princípios constitucionais	13
1.2.2 - O princípio da legalidade.....	14
1.2.4 - O princípio da irretroatividade	15
1.2.5 - Princípio da igualdade.....	15
1.3 - PRINCÍPIOS PENAIS	16
1.3.1 - Princípio da intervenção mínima	16
1.3.2 - Princípio da Insignificância	17
1.3.3 - Princípio do in dubio pro reo	18
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TIPIFICAÇÃO PENAL	20
2 – Histórico sobre as legislações antidrogas	20
2.1 – Conceitos concernentes à tipificação penal	27
2.1.1 - Conceito de Crime.....	27
2.1.2 - Conceito de Drogas.....	29
2.1.3 - Conceito de usuário	30
2.1.4 - Conceito de Tráfico	33
CAPÍTULO III – Análise da despenalização e da descriminalização sob o enfoque do art. 28 da lei nº 11.343/2006.	34
3.1 – Do uso de entorpecentes na Lei 11.343/2006: despenalização ou descriminalização.....	34
3.1.1 – O art. 28 e a repressão legal ao uso de entorpecentes pelo ordenamento jurídico brasileiro	35
3.1.2 - Da descriminalização	36
3.1.3 - Despenalização.....	44
3.1.4 - Do procedimento para o usuário	45
4. - Da repressão ao uso de drogas e sua relação com o tráfico ilícito de drogas do art. 33 da Lei 11.343/2006	47
4.1 - Condutas típicas de tráfico.....	47
4.2 - Crime de ação múltipla.....	49
4.3 - Situações Indicativas do Tráfico.....	50
4.4 - Da Consumação	51
4.5 - Da Tentativa.....	52
4.6 - Da Matéria-Prima	53
4.7 - Semeação, cultivo e colheita de plantas ilícitas – matéria-prima para preparar drogas	54
4.8 - Do local para uso de drogas	55
4.9 - Das consequências processuais para o usuário	55
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO

Através deste trabalho monográfico, objetiva-se discutir **“A Definição Jurídica do Artigo 28 da Lei 11.343/2006 frente a Realidade Criminal”**.

No primeiro capítulo trataremos dos principais princípios constitucionais e penais relativos a Lei 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006.

Em síntese, abordaremos os princípios constitucionais e penais, concernentes ao tema e suas aplicações na Lei de Drogas que é o objeto desse trabalho monográfico.

No segundo capítulo será abordada a evolução histórica acerca do problema da humanidade desde seus primórdios, ou seja, o consumo de drogas e as mais variadas formas de combate.

Nesse mesmo capítulo trataremos também os conceitos de crime, de drogas, quem são os usuários e suas diferenciações dos traficantes, das inovações da nova lei de drogas com seu objetivo de prevenir o uso de drogas ilícitas, as formas de reinserção social do usuário e do dependente.

No terceiro e último capítulo, será analisada a problemática do presente trabalho, ou seja, se houve despenalização ou descriminalização sob o enfoque do art. 28 da Lei 11.343/2006. Uma vez que a polêmica da lei gira em torno dos institutos da despenalização e da descriminalização.

O estudo foi mais focado na discordância entre os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da despenalização e da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal que, de uma forma geral abrandou a pena para o usuário e enrijeceu para as condutas de traficância e equiparadas.

Relatamos a intenção e preocupação do legislador com o resultado do abrandamento das penalidades ao usuário impostas, que, possivelmente seria o desencarceramento e a diminuição do crime, entretanto não é essa a realidade, uma vez que podemos observar que ainda se encarcera usuários e dependentes, embora sob a camuflagem de traficante. Sendo que o oposto também ocorre, ou seja, tem muito traficante passando-se por usuário para se livrar do rigor da lei em relação a sua conduta.

A Lei 11.343/2006 visa prevenir tanto o uso indevido de drogas como sensibilizar usuários e dependentes e seus familiares, dos riscos da dependência, suas consequências e com isso objetiva educar para deter o uso de drogas e a criminalidade que se associa por consequência do uso.

Todas as informações trazidas no presente trabalho foram selecionadas e extraídas de textos, doutrinas, artigos, jurisprudências e da própria Lei 11.343/2006.

CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS

1 - Dos princípios

Princípios são normas jurídicas que visam nortear as relações jurídicas entre pessoas e pessoas e o estado. Além de delimitar a forma de interpretar as normas penais incriminadoras ou as que não são incriminadoras.

Segundo o entendimento de Paulo Bonavides: “Princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.¹

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.²

Portanto, os princípios são essenciais para os cidadãos, no ordenamento jurídico não há nada superior a eles, uma vez que são os princípios os formadores da lei, por isso que sua violação é considerada gravíssima, porque tal violação atinge não só uma obrigação, mas a todo um sistema de obrigações.

1.2 - Princípios constitucionais

Estes princípios são normas extraídas da carta magna que dão fundamento a construção do direito penal, são garantidores da ordem jurídica. Neles estão fundamentados todos os valores e o que é válido no sistema jurídico.

Vejamos alguns princípios pertinentes ao tema, que tem relevante importância para que seja compreendido o presente trabalho monográfico.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 229.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Malheiros. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade#ixzz1swpe9Baa>> acesso em 12 de abril de 2012.

1.2.2 - O princípio da legalidade

Este princípio também conhecido como Princípio da Reserva Legal possui base constitucional e encontra-se insculpido no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1998 e repetido no art. 1º do Código Penal, prevendo o seguinte: “não há crime sem que haja lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”.

Para o doutrinador Francisco de Assis Toledo:

O Princípio da Legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.³

Portanto, o princípio da legalidade objetiva garantir ao indivíduo que só lhe poderá ser imputado uma conduta criminosa desde que haja uma lei prévia que determine sua conduta como ilícita, impondo a pena aplicável ao caso e vedando tais penalidades a fatos criminosos ocorridos anteriormente à lei, ou seja, a lei só terá efeito a partir da conduta praticada posterior a ela, excetuando-se para casos em que lei beneficiar o criminoso. Referido princípio se relaciona com o tema, tendo em vista que na lei de drogas há norma penal em branco, uma vez que o legislador não especificou na lei o que são drogas, tal definição necessitou de um complemento, qual seja, a Portaria SVS/MS 344/1998, com isso surgiram questionamentos se a norma penal em branco feria o princípio da legalidade ou não.

Assim, quando a Lei 11.343/2006 veda o uso de drogas, mas não esclarece o que são drogas ou quais são as drogas consideradas nocivas e ilícitas deixa a cargo do poder executivo o fazer, entretanto, os principais aspectos da lei o legislador já fez, definindo o que é crime de uso e suas consequências.

Portanto, ao deixar que a definição do que é droga a cargo do executivo, não fere o princípio da legalidade, uma vez que o legislador definiu na lei, quem é o sujeito ativo, o sujeito passivo e qual o objeto material.

O fato de a lei necessitar de um complemento, por ser uma norma penal em branco, não a torna inconstitucional, tampouco fere o princípio da legalidade.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª edição. 14ª tiragem. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008. p. 21.

1.2.4 - O princípio da irretroatividade

Este princípio está previsto no artigo 5º, XL, da Constituição da República de 1988, e garante que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Dessa forma, uma lei que entra em vigor não pode vir a agravar um crime que já fora cometido na vigência de outra lei. Entretanto, há exceção. Caso ocorra uma ilicitude e venha a vigorar uma norma mais benéfica, o agente cometedor desse ilícito, poderá ser beneficiado, mesmo que a sentença de sua condenação tenha transitado em julgado.

É nesse sentido o art.9º do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, *in verbis*:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se⁴.

E ainda o art. 2º do Código Penal Brasileiro:

Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Foi o que ocorreu com o advento da lei 11.343/2006, os casos julgados e também os em andamento que estavam sob a vigência da lei 6.368/76, com a entrada em vigor da nova Lei de Drogas, passaram a ter os mesmos benefícios dessa lei cumulativamente com os da lei revogada, uma vez que àquela previa penas mais brandas ao traficante, porém, previa o encarceramento ao usuário.

1.2.5 - Princípio da igualdade

Este princípio é também denominado princípio da isonomia, está previsto no *caput* do artigo 5º, da CF/88, e prevê que “todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza”.

⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. acesso 12 de abril de 2012.

De acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial, o princípio da igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades, buscando o equilíbrio social entre ambos. Na tentativa de evitar que haja discriminações, que uns sejam privilegiados e outros prejudicados pela mesma norma, ou que esta seja criada para benefícios só de alguns.

Devendo, portanto, ser aplicada a norma de forma igualitária, sem que haja qualquer distinção entre os cidadãos.

De acordo com o professor Ingo Wolfgang Sarlet o princípio da igualdade “encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.⁵

Frisa-se que tal princípio é muito discutido no meio jurídico quando das reprimendas aos traficantes, do tratamento que lhe é dispensado, especialmente nas causas de diminuição de pena prevista no art. 33, no que concerne ao abrandamento da punição.

A controvérsia se dá em razão da conduta ser equiparada aos crimes hediondos e, portanto, os condenados pelas sanções do § 4º do art. 33, deveriam ter o mesmo tratamento dos incurso nos crimes de homicídio qualificado privilegiado, já que esse também é equiparado a hediondo.

O privilégio no caso de homicídio privilegiado incide uma minorante na pena, o que não tem ocorrido para os crimes de tráfico de drogas, o que fere o princípio da isonomia no que tange o não acolhimento da minorante para o tráfico privilegiado.

1.3 - PRINCÍPIOS PENAIIS

1.3.1 - Princípio da intervenção mínima

É aquele que estabelece que o direito penal só intervirá em situações mais graves, só podendo acionar o Estado-juiz se houver necessidade de resolver

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade/2>. Acesso em 12 de abril de 2012.

situações em que o bem jurídico foi violado e que isso tenha suma importância para a sociedade e, em consequência atinja a liberdade do indivíduo.

Assim, pertinente se faz trazer o entendimento de Rogério Greco:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal⁶

Portanto, percebe-se a aplicação desse princípio quando da vigência da Lei 11.343/2006, com a não aplicação da pena privativa de liberdade aos que usam ou portam drogas para consumo próprio.

Ocupou-se o legislador em impor o rigor da lei com as consequências de acionar a máquina judiciária para os casos mais graves, quais sejam: o tráfico ilícito de drogas e as reprimendas aos traficantes.

1.3.2 - Princípio da Insignificância

Para que seja aplicado o princípio da insignificância, a ofensividade ao bem jurídico protegido deve ser mínima, não se admitindo o acionamento de todo aparato judicial para casos que sejam demasiadamente insignificantes para o direito penal e que podem ser resolvidos pelas demais áreas do direito.

Em relação a lei de drogas, o entendimento jurisprudencial e doutrinário ainda é divergente no sentido de admitir ou não o princípio da insignificância para os casos de pequenas quantidades de drogas. Entretanto, em decisão recente o STF entendeu que em razão da ínfima quantidade de droga apreendida, havia ausência de tipicidade da conduta, cabendo a aplicação do princípio da insignificância. Vejamos:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II)

⁶GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral. v. 1.** Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2008, p. 53.

nenhuma periculosidade social da ação; (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.⁷

Tal entendimento ainda não é pacífico eis que o entendimento majoritário dos nossos tribunais pátrios ainda é o de não cabimento do princípio da insignificância para os casos de uso e porte de drogas mesmo em pequenas quantidades, ao argumento de que o legislador visou aplicar pelo menos a pena de advertência ao usuário, na tentativa de evitar que se torne dependente ou traficante, com objetivo final sempre de o proteger, o integralizar e o ressocializar.

Firmando esse posicionamento, ainda podemos corroborar tal impossibilidade de acolhimento de tal princípio em razão de que a conduta de portar drogas não é importante somente pela quantidade, há também a preocupação em proteger não só a saúde do usuário de drogas, mas toda a coletividade e a saúde pública, os quais se encontram em perigo com a circulação de tais substâncias, sejam elas em grandes ou pequenas quantidades.

1.3.3 - Princípio do in dubio pro reo

Este princípio visa favorecer o réu em situações onde não se possa comprovar totalmente a sua conduta ilícita, é uma forma de ratificação da sua presunção da inocência e conseqüentemente considerar o agente, inocente até que reste dúvida sobre a sua autoria em um delito, ou seja, não pode haver condenação de um indivíduo sem que a conduta a ele imputada esteja devidamente provada.

⁷ HC 110475, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012 RB v. 24, n. 580, 2012, p. 53-58). Disponível em <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+110475.NUM.E.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+110475.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> acesso em 12 de abril de 2012>.

Neste sentido, trazemos o entendimento do TRF 1ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. 1. Indícios e conjecturas da ocorrência de crime, sem apoio em outras provas, não são suficientes para fundamentar decreto condenatório. 2. Aplicação do princípio in dubio pro reo em favor do acusado.⁸

Destarte, para o caso de dúvida quanto a conduta do usuário ou do traficante e, se a acusação não conseguir produzir as provas necessárias para apontar que a conduta se amolda a um dos tipos descritos no artigo da Lei 11.343/2006, só restará ao julgador a incerteza e, portanto, a pretensão punitiva será improcedente. Já que, remanescendo dúvidas quanto a autoria e a materialidade do fato, impõe-se a aplicação do princípio em comento, bem como a aplicação do art. 386, VI do CPP, qual seja, a absolvição do acusado por insuficiência de provas.

⁸ TRF1 - AM 0005066-57.2004.4.01.3200, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 16/01/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1194 de 10/02/2012. Disponível em www.jusbrasil.com.br/topicos/292966/principio-in-dubio-pro-reo. acesso 12 de abril de 2012.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TIPIIFICAÇÃO PENAL

2 – Histórico sobre as legislações antidrogas

Há relatos que ao longo da história o homem usava drogas há mais de dez mil anos a.C. possivelmente como forma de cura. Durante séculos o homem fez uso de drogas como forma de terapia ou por motivos religiosos.

Sobre esse assunto, Fatima Souza diz o seguinte:

... década de 1880, a folha de coca, já era consumida, em forma de chá, por toda a Europa e América do Norte. O chá era conhecido como 'melhorador do humor' e sua comercialização era livre (...) nessa mesma época a folha de coca era "industrializada (pela indústria farmacêutica) e era usada como anestésico, estimulante mental, afrodisíaco, para aumentar ou diminuir apetite e tratar asma e problemas digestivos⁹

Percebe-se que o uso de determinadas drogas tinham significados diferentes do que ocorre na atualidade, no início da época moderna, consumo era tido como sinônimo de status para as camadas mais abastadas da sociedade.

No Brasil os indígenas faziam uso de várias bebidas alcoólicas que extraíam da fermentação da mandioca, do caju e de outras frutas. Para eles o uso dessas drogas tinham significado medicinal e espiritual.

Já na era moderna e contemporânea o uso de drogas deixa de ter caráter medicinal e espiritual e torna-se de uso recreativo, com a conseqüente dependência do usuário em razão do uso excessivo, fazendo-se necessário a interferência de todos os países do mundo com a imposição de políticas de combate ao uso, fabricação e comércio de drogas.

Conclui-se, portanto, que o uso de drogas não é novidade para a história das sociedades. Entretanto as normatizações são recentes.

A primeira legislação de que se tem conhecimento vigorou no Brasil Colônia, na denominada Ordenações Filipinas em 1603 que previa no título 89, o

⁹SOUZA, Fatima. *Introdução ao tráfico de drogas*. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/trafico-de-drogas.htm> Acesso em: 12/05/2012.

seguinte: “ninguém tenha em casa rosalvar, nem o venda, nem outro material venenoso”.¹⁰

Assim, só os Boticários eram autorizados a comercializar tais substâncias, sob a dependência de prescrição médica. Qualquer outra pessoa que tivesse em casa ou as vendessem, além de perder toda sua fazenda, ainda era degredado para África.

Em 1890, tal proibição ao uso indevido e comércio de substâncias consideradas como drogas, volta a ser tratada no Código Penal Republicano, que dispunha em seu artigo 159, o seguinte: “expor a venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários. Pena: multa de 200 a 500 mil réis”.¹¹

Embora o referido código tenha previsto punição de multa para o crime de expor à venda ou ministrar drogas, nada mencionava a respeito do usuário.

Neste cenário, surgem as primeiras mudanças com as primeiras Convenções Internacionais sobre drogas, vejamos algumas dessas convenções em que o Brasil participou e tornou-se signatário.

A primeira reunião internacional sobre drogas aconteceu em 1909 em Shagai, tal conferência foi convocada pelos Estados Unidos e diversos países, inclusive o Brasil participaram e discutiram sobre uso do ópio e seus derivados.

Em 1911 realiza-se em Haia a Primeira Conferência Internacional do Ópio. Ocasão em que os países signatários se comprometem a tomar medidas legais internamente para controlar o comércio de cocaína, morfina e heroína.

Em 1924, acontece em Genebra mais uma Conferência Internacional, reunindo quarenta e cinco países, para discutir sobre a proibição do uso da maconha.

Em razão dos resultados de tais convenções, são criados o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921, modificado pelo Decreto nº 15.683 que revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890 e o Decreto n. 14.969, de 03 de setembro de

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos, prevenção e repressão**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39.

¹¹ DECRETO N. 847 – DE 11 DE OUTUBRO DE 1890, disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 12 de maio de 2012.

1921 que regulamentava a internação dos dependentes e também controlava a venda de entorpecentes nas alfândegas e farmácias, prevendo a responsabilização de quem prescrevia e de quem usasse substâncias entorpecentes, estabelecendo que se tratava de crime comum.

Importante ressaltar que na carta magna de 1824, em seu artigo oito, já previa a suspensão dos direitos políticos para aqueles que fizessem uso de substâncias entorpecentes, considerando tal usuário como incapacitado psíquica ou moralmente.

O decreto nº 4.294/1921 trouxe a previsão da pena de internação para pessoas que embriagadas causassem perigo tanto para si, quanto para outrem e, tal pena era de três meses a um ano. Tal decreto previa ainda a internação compulsória dos usuários em estabelecimento criados especificamente para os dependentes. Vejamos:

Art. 6º O Poder Executivo creará no Districto Federal um estabelecimento especial, com tratamento medico e regimen de trabalho, tendo duas secções: uma de internandos judiciarios e outra de internandos voluntarios.

(...)

§ 2º Da outra secção farão parte:

a) os intoxicados pelo alcool, por substancia venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho único desta lei, que se apresentarem em juízo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado e os que, a requerimento de pessoa da família, forem considerados nas mesmas condições (letra a), sendo evidente a urgência da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral. (sic)¹²

No ano de 1936, foi editado o Decreto 780 que objetivava dar efetividade aos acordos internacionais acerca da repressão e fiscalização ao comércio ilícito de drogas. A partir desse Decreto foi criada uma Comissão para fiscalização o comércio de entorpecentes. Vejamos o que previa o artigo 3º do Decreto 780 de 1936:

A Commissão terá a seu cargo o estudo e a fixação do normas geraes de accção fiscalizadora do cultivo, extracção, producção, fabricaçção, transformaçção, preparo, posse, importaçção, reexportaçção, offerta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do trafico e uso illicitos de drogas entorpecentes, incumbindo-lhe todas as attribuições decorrentes dos objectivos geraes, para os quaes é constituída. (sic)¹³

¹² SANTOS, Adriano Alves dos. **Lei de Drogas – Evolução Histórica e Legislativa No Brasil** http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818. Acesso em 12 de maio de 2012.

¹³ http://www.editoramagister.com/doc_117194_decreto_n_780_de_28_de_abril_de_1936.aspx. Acesso em 12 de maio de 2012.

Em seguida foi criado o Decreto 891, de 1938, que alterou o Decreto 780, que definiu então, o usuário de drogas como um doente, bem como previu a necessidade de tratamento para este, inclusive com internação compulsória. *In verbis*:

Art. 27. A toxicomania ou a intoxicação habitual, por substâncias entorpecentes, é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado, à autoridade sanitária local.

Artigo 29. Os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.¹⁴

A pena de prisão pela comercialização ilegal de entorpecentes vem estabelecida no art. 33 do referido Decreto-lei 891: *In verbis*;

Artigo 33 - Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa (grifo nosso) de 1:000\$000 a 5:000\$000.

§ 1º. Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infração ou que tenha facilitado - pena: além das supra indicadas, suspensão do exercício da arte ou profissão, de seis meses a dois anos.

§ 2º Sendo farmacêutico o infrator - penas: dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000\$000 a 6:000\$000 - além da suspensão do exercício da profissão por período de três a sete anos.

§ 3º Sendo médico, cirurgião dentista ou veterinário o infrator - pena: de três a dez anos de prisão celular, multa de 3:000\$000 a 10:000\$000 além da suspensão do exercício profissional de quatro a dez anos.

Nesta mesma norma, ainda foi prevista a pena de prisão para o usuário, conforme disposto no art. 35:

Artigo 35 - Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, com expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena: um a quatro anos de prisão celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.

Em seguida, passa a vigorar o Código Penal de 1940, que trouxe punição ao comércio e ao uso de drogas, entretanto não diferenciava o traficante do usuário, vejamos:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância

¹⁴ http://www.anvisa.gov.br/legis/decreto_lei/891_38.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista :

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas à aquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Essa lei objetivava educar, conscientizar e travar uma luta contra qualquer espécie de tóxicos, bem como não mais considerava o dependente químico como criminoso. Também modificou o art. 281 do Código Penal de 1940, da seguinte forma:

Art.23. O artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal passam a vigorar com a seguinte redação: Comércio, posse ou uso de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.

(...)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País;

§1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

III – traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;¹⁵

Referida lei também tratou de medidas que preveniam e reprimiam o uso e o tráfico de entorpecentes por isso foi considerada exemplar, entretanto, não diferenciava o usuário do traficante.

Em relação às medidas preventivas para o combate ao tráfico e ao uso de drogas, a Lei 5.726/71 trazia em seu art. 4º o seguinte:

No combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica serão aplicadas, entre outras, as seguintes medidas preventivas:

¹⁵BRASIL, Lei nº. 5.726, de 29 de outubro de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm. Acesso em 13 de maio de 2012.

I - A proibição de plantio, cultura, colheita e exploração por particulares, da dormideira, da coca, do cânhamo "cannabis sativa", de todas as variedades dessas plantas, e de outras de que possam ser extraídas substâncias entorpecentes, ou que determinem dependência física ou psíquica;...

Observa-se, portanto, que houveram diversas legislações ao longo da história com a finalidade de combater o uso e o tráfico de drogas. Entretanto o combate mais efetivo se deu com a vigência da Lei nº 6.368/76, que tratou do dependente e do traficante, que eram tidos como um perigo para sociedade.

A lei 6.368/76 foi inspirada na Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 e objetivava a punição dos usuários e traficantes e conscientizar a sociedade no combate ao tráfico de drogas. Sobre esse assunto, vejamos o entendimento de Greco Filho:

Em suas linhas gerais, seguindo a orientação aberta pela anterior Lei nº 5.726/71, o diploma procura ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício, e por isso talvez seja o diploma legal mais completo e avançado sobre o assunto, dentre as legislações modernas.¹⁶

A Lei 6.368/76 vigorou por trinta anos, tratando de uma forma generalizada o usuário e o traficante, ambos recebendo basicamente um tratamento penal igualitário.

Entretanto, o legislador entendeu que somente proibir o comércio e o consumo de drogas já não resolvia o problema da criminalidade e do crescente consumo. Logo, havia a necessidade de se implementar uma política criminal mais eficaz, já que a repressão com as penas privativas de liberdade já não eram mais suficientes, que somente superlotavam as penitenciárias brasileiras que cada vez se mostram ineficientes, sem nenhuma infraestrutura para tratar a saúde do dependente, tampouco o reinserir na sociedade o que se observa é que as cadeias servem na verdade como "escolas especializadas" em formar criminosos.

Aliando a isso, ainda temos a realidade de nos depararmos constantemente com muitos segregados, que não são delinquentes, são meros infortunados que se viciam em drogas, pois na grande maioria são primários, possuem bons antecedentes, não tem má conduta perante a sociedade. Ou seja, se diferem e muito do traficante, o usuário de drogas nem sempre é perigoso, na maioria das

¹⁶ GRECO FILHO, *Vicente. Tóxicos, prevenção e repressão*. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 47

vezes são vítimas do traficante, por isso mesmo não podem ser penalizados. Pelo contrário devem ter atenção especial para que possa voltar ao convívio social.

A Lei nº 10.409 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2002, objetivando “a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.”¹⁷.

Tinha, portanto, o intuito de socializar o usuário através de medidas sócio educativas, não mais o encarcerar, despenalizar sua conduta quando cometida comprovadamente sob efeito de drogas.

Em razão dos inúmeros vícios existentes, essa lei teve diversos artigos vetados, uma vez que foram considerados inconstitucionais. Foram vetados todos os artigos da parte penal, vigorando somente em seus aspectos processuais. Ocorrendo assim a permanência da lei nº 6.368/76 que continuou vigorando em conjunto com a lei nº 10.409/02.

Dessa forma, com a evidente ineficácia das leis 6.368/76 e 10.409/02 e com as frequentes mudanças na sociedade brasileira, a revogação dessas leis e a elaboração de uma lei que efetivamente tratasse da prevenção, era medida que se impunha, vez que era premente a necessidade de tratamento adequado ao usuário e reprimendas mais eficazes contra os traficantes.

Em 23 de agosto de 2006 é aprovada a Lei nº 11.343/2006, denominada “Lei de Drogas”, com o objetivo de prevenção e repressão ao uso e ao tráfico de drogas e, ainda, corrigindo as falhas que haviam nas leis anteriores, uma vez que revoga expressamente todos os seus dispositivos.

Entretanto essa lei tem despertado atenção dos juristas do direito penal, uma vez que tem gerado inúmeras divergências tanto doutrinária quanto jurisprudencial, principalmente sobre o artigo 28, em razão dos diversos posicionamentos acerca da ocorrência ou não da despenalização da descriminalização e da *abolitio criminis*.

Importante nesse ponto destacar os conceitos de crime e de drogas, para que haja uma melhor compreensão acerca da problemática do presente trabalho.

¹⁷ Art. 2º da Lei 10.409/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm. Acesso em 22 de maio de 2012.

2.1 – Conceitos concernentes à tipificação penal

2.1.1 - Conceito de Crime

Pertinente se faz para melhor compreensão do presente trabalho, trazer à baila alguns dos conceitos relativos ao tema Lei de Drogas.

Primeiramente trataremos do conceito de crime, uma vez que tal definição é indispensável para compreensão da polêmica sobre as condutas descritas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que é o foco deste trabalho, para, após podermos apontar que a conduta descrita é criminosa, que não houve a descriminalização alegada por alguns juristas.

Pois bem.

Crime pode ser definido como uma conduta que causa transgressão, violação, ofensa ao bem jurídico protegido pela lei, conduta causadora de dano por ação ou omissão.

O código penal brasileiro não define o que é crime, apenas traz no art. 1º da Lei de Introdução que, para uma conduta ser considerada crime, tem que haver uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa, *in verbis*:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Nos dizeres de Rogério Greco a “... redação, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal somente nos trouxe um critério para que, analisando o tipo penal incriminador, pudéssemos distinguir o crime de uma contravenção (...) Hoje, o conceito atribuído ao crime é eminentemente jurídico...”

E especificamente sobre o conceito de crime leciona o seguinte:

Considerando-se o seu aspecto material conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes. (...) estamos com a maioria da doutrina, nacional e estrangeira, que adota a divisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um seus elemento característicos.¹⁸

¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 154.

E sobre esse mesmo assunto, Cezar Roberto Bitencourt, traz o seguinte entendimento:

Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicada. (...) o atual Código Penal (1940, com a Reforma Penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional. As experiências anteriores, além de serem puramente formais, eram incompletas e defeituosas, recomendando o bom senso o abandono daquela prática.¹⁹

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

O crime sob o aspecto jurídico pode ser conceituado de forma material, formal e analítica. O conceito material é facultado ao entendimento do senso comum, sendo o que pode e deve ser proibido; o formal pode ser entendido como uma conduta proibida por lei e o analítico é uma concepção da ciência do direito de forma mais fragmentada que caracteriza o crime como uma conduta típica, antijurídica e culpável.²⁰

Por fim sobre o conceito analítico Francisco de Assis Toledo afirma que:

Da exposição feita sobre o bem jurídico protegido e das conclusões a que então se chegou, extrai-se, sem muito esforço, que, substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que tem sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade); ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade).²¹

Para finalizar tais questionamentos, basta que vejamos o art. Inciso XLVI, do 5º da Constituição Federal e, ainda, o art. 32 do Código Penal para verificar os apontamentos sobre as varias formas de penas.

Observa-se que os incisos I e III do art. 28 (advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo) impõem penas aos usuários que infringem a norma penal em comento.

Por oportuno, vale ressaltar que o inciso II que culmina pena de prestação de serviço à comunidade, não é novidade no mundo jurídico, eis que já é conhecida desde a reforma do Código Penal de 1984, como forma de penas alternativas às

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 263.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. Parte Especial. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.157, 158,162.

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª Ed. 14ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

privativas de liberdade, conforme disposto no art. 43 do Código Penal. Sobre as penas alternativas ou educativas, trataremos no terceiro capítulo com mais afinco.

2.1.2 - Conceito de Drogas

A nova lei de drogas, diferentemente da Lei 6.368/76 não utiliza mais a terminologia “substâncias entorpecentes” ou que causem dependência física ou psíquica, a Lei 11.343/2006 conceitua no artigo 1º, parágrafo único, o que é droga:

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Atualmente o termo “drogas” é utilizado em conformidade com a Organização Mundial de Saúde definindo que: "droga é qualquer substância natural ou sintética que, administrada por qualquer via no organismo, afeta sua estrutura ou funcionamento".²²

Tal definição é importante, uma vez que a terminologia anterior trazia a impressão de que qualquer substância que determinasse dependência física ou psíquica era considerada entorpecente, o que não é verdade, eis que, o termo droga, é muito mais amplo que entorpecente e a mais difundida entre a população.

No entendimento de Greco Filho e Rassi: “A qualificação jurídica de droga é toda substância natural ou sintética suscetível de criar um efeito sobre o sistema nervoso; uma dependência psíquica ou física; e um dano à saúde pública e social”.²³

É o que dispõe o art. 66 da Lei 11343/2006:

Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Nesse sentido, importante a lição de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho quando afirma que:

(...) andou bem o legislador ao adotar a expressão ‘drogas’, pois esta já era utilizada pela Organização Mundial de Saúde. Ademais, a terminologia anterior poderia trazer a equivocada impressão de que qualquer substância

²² **DROGAS: PERGUNTAS E RESPOSTAS.** Disponível em <<http://pt.shvoong.com/social-sciences/sociology/1781891-drogas-perguntas-respostas/#ixzz1sxL1WJ9K>> Acesso em 12 de abril de 2012.

²³ FILHO, Vicente Greco e “et al”. **Lei de Drogas Anotada.** 2ª Edição. Saraiva: 2008. p. 12 e 13.

que determinasse dependência física ou psíquica era considerada entorpecente, o que, como sabemos, não é verdade. Por fim, o termo droga, além de ser mais amplo que o de substância entorpecente, é a expressão mais difundida no meio social principalmente entre a população.²⁴

Assim, até que haja atualização da atual terminologia, o art. 66 da lei determina que se denominem drogas todas as substâncias entorpecentes psicotrópicas, precursoras e outras sob o controle da portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998.

2.1.3 - Conceito de usuário

Compreendemos por usuário de drogas o agente que utiliza substâncias que alteram suas funções físicas e psíquicas e podem ser classificados em três tipos: usuário eventual, usuário dependente e usuário crônico.

Para uma melhor elucidação acerca do usuário, trazemos a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Segundo considerações de saúde pública, sociais e educacionais, uma publicação da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) distingue entre quatro tipos de usuários: Usuário experimental ou experimentador: limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão de grupo etc. Na grande maioria dos casos, o contato com drogas não passa das primeiras experiências. Usuário ocasional: utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais. Usuário habitual ou “funcional”: faz uso freqüente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda “funciona” socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência. Usuário dependente ou “disfuncional” (dependente, toxicômano, drogadito, fármaco-dependente, dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral.²⁵

A UNESCO traz entendimento que distingue quatro tipos de usuários, vejamos:

Experimentador: limita-se a experimentar uma ou várias drogas, em geral por curiosidade, sem dar continuidade ao uso;

Usuário ocasional: utiliza uma ou várias substâncias, quando disponível ou em ambiente favorável, sem rupturas nas relações afetivas, sociais ou profissionais;

²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de, et al. **Lei de Drogas:** lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p 23.

²⁵ USUÁRIO. Instituto de medicina social e de criminologia de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/Usuar.htm>>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

Usuário habitual ou "funcional": faz uso frequente, ainda que controlado, mas já se observam sinais de rupturas;

Usuário dependente ou "disfuncional" (toxicômano, drogadito, dependente químico): vive pela droga e para a droga, descontroladamente, com rupturas em seus vínculos sociais, podendo haver marginalização e isolamento. O uso de drogas, portanto, não leva automaticamente a estados de dependência. Passa-se ao abuso com a perda de controle sobre o uso, em consequência de certas dificuldades ou fatores de risco, que variam de pessoa para pessoa, do contexto social e familiar. A compreensão dessas dificuldades e dos fatores de risco é crucial na ajuda ao dependente de drogas.(grifo nosso)²⁶

Dessa forma o legislador deixou a cargo do magistrado a distinção de usuário, que não pode ser confundido com o traficante, tem que haver distinção entre um agente e outro, já que a Lei 11.343/2006 preconiza que o usuário deve ter tratamento diferenciado para que possa ser recuperado e não encarcerado, já em relação ao traficante, este deve ser penalizado com rigor, tendo em vista que financia e obtém lucros com o comércio ilegal de drogas.

Vejamos o entendimento de Luiz Flavio Gomes acerca do usuário:

A nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), em vigor desde o dia 08/10/06, preconiza que a distinção entre usuário de drogas e traficante continua tendo por base o caso concreto, devendo ser consideradas a natureza da droga, sua quantidade, local, antecedentes, modo de vida do agente, etc. Determina que ao usuário não se comine pena de prisão em flagrante, mas termo circunstanciado. Pretende a introdução no Brasil de uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário, que deve ser recuperado ao invés de penalizado. Trata-se de norma claramente benéfica ao usuário e dependente de drogas.²⁷

Importante verificarmos o que dispõe o art. 28 acerca da definição típica do usuário:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 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

²⁶ VILELA, Ana Luisa Miranda. **Tipos de usuários de drogas de Drogas**. Disponível em pt.scribd.com/doc/67517481/8/Tipos-de-usuarios-de-drogas. Acesso em 13 de maio de 2012.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **"Porte de drogas no ambiente militar, princípio da insignificância e bem jurídico penal"**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 22 de novembro de 2010. Acesso em 12 de abril de 2012.

condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Podemos observar que são cinco, as condutas incriminadoras descritas nesse artigo: “Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo”.

Luiz Flavio Gomes explica que:

Adquirir significa comprar, obter a posse da droga; guardar exprime a conduta de ocultar, ter sob guarda, sem que terceiros saibam dessa posse; ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade; transportar expressa a idéia de deslocamento, de um local para outro; trazer consigo é a mesma coisa que portar a droga, tendo disponibilidade de acesso, de uso.²⁸

Portanto, é necessário para identificação do agente se usuário ou traficante que seja verificada a conduta, os elementos relativos à natureza da droga, a quantidade, o local, todas as condições gerais e as circunstâncias que envolvam a ação policial e a prisão, além da conduta do agente e seus antecedentes.

Nesse sentido Luiz Flávio Gomes afirma que:

Para fins penais, entende-se por usuário de drogas (desde o advento da Lei 11.343/2006) quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida (cf. artigo 28, que será comentado logo abaixo). O usuário não se confunde, de modo algum, com o traficante, financiador do tráfico, etc. 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 (artigo 28, § 2º).²⁹

²⁸ GOMES, Luiz Flávio, Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4ª ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 120.

²⁹ GOMES, op cit. 2008. p. 123

A Lei 11.343/2006 preconiza que o usuário deve ter tratamento diferenciado para que possa ser recuperado e não penalizado, para tanto, previu fins preventivos a estes, uma vez que estamos diante de uma patologia, uma doença que faz com que o corpo necessite da droga da mesma forma ou até com mais intensidade, necessita do alimento para sobreviver.

2.1.4 - Conceito de Tráfico

Compreende-se por tráfico ilícito de entorpecentes as condutas descritas no tipo penal do artigo 33 da Lei 11.343/2006, sendo estas consideradas como condutas típicas de tráfico de drogas. Vejamos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Desta maneira, todas as ações relacionadas com substância entorpecente que esteja fora da determinação legal ou regulamentar, são consideradas tráfico de entorpecentes. Por isso que aquele que qualquer conduta tipificada no referido artigo, é considerado traficante, criminoso que comercializa, comanda e transporta drogas em desacordo com a determinação legal.

CAPITULO III – Análise da despenalização e da descriminalização sob o enfoque do art. 28 da lei nº 11.343/2006.

Nesse capítulo é que se encontra a problemática do presente trabalho, iremos discorrer sobre tipo descrito no art. 28 e suas penas, o que é o foco principal desse trabalho monográfico, qual seja, verificar se o uso de drogas é crime. Com base na discussão doutrinária e jurisprudencial dos institutos da despenalização e da descriminalização, que segue em análise.

3.1 – Do uso de entorpecentes na Lei 11.343/2006: despenalização ou descriminalização.

A divergência doutrinária e jurisprudencial gira em torno do art. 28, uma vez que não se chega a um consenso sobre se houve a descriminalização ou não das condutas tipificadas no referido artigo, que não mais prevê pena de prisão, e sim penas alternativas, com finalidades educativas para o usuário de drogas.

Percebe-se que o legislador brasileiro teve uma visão inovadora e moderna acerca da figura do usuário preocupando-se em não mais o encarcerar, não mais tirar-lhe a liberdade, mas sim abrandar as penalidades a ele anteriormente impostas, visando entre outros benefícios, a sua ressocialização, o que é uma preocupação no meio jurídico desde a medida provisória 2.225-45/2001.

A intenção do legislador é de proporcionar melhor qualidade de vida ao usuário de drogas, retirar o estigma do usuário-criminoso e, conseqüentemente reduzir os riscos causados pelo uso das drogas, uma vez que tanto usuários como dependentes e seus familiares precisam de uma atenção especial para que seja efetivo o processo de reinserção e reintegração social, conforme previu no art. 19 da lei.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

Nesse ponto é importante ressaltar a respeito da reinserção social e a participação dos familiares, para tanto, trazemos o entendimento de Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte.

Tal como o paciente, a família pode aprender novas maneiras de viver, abandonando comportamentos negativos e assumindo comportamentos positivos em relação ao paciente. Em geral, este processo de mudança na família e na sua relação com o paciente exige uma atenção especializada.

Observa-se portanto, um avanço importante com a nova legislação que visionou o problema do uso de drogas como de saúde pública. Dessa forma, deve haver efetiva participação da família para que haja resultados positivos na recuperação do usuário de droga.

3.1.1 – O art. 28 e a repressão legal ao uso de entorpecentes pelo ordenamento jurídico brasileiro

Conforme dispõe o art. 28 da Lei 11.343/2006, entende-se por usuário de drogas, conforme já mencionado no capítulo anterior é aquele que: “adquirir,

guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”

Cometendo o agente, qualquer uma dessas condutas, será enquadrado na condição de usuário e, portanto, será submetido as penalidades da lei, quais sejam: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Quando aplicada a pena de advertência, esta tem a finalidade de esclarecer aos usuários os efeitos prejudiciais da droga, tanto no aspecto físico quanto intelectual, além de esclarecer a nocividade de tal conduta perante a família e a sociedade em geral.

Em relação a medida de prestação de serviços à comunidade, esta ao ser fixada pelo Juiz tem cunho educativo e será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, a fim de que este conviva com situações semelhantes, na tentativa de que com isso, sinta-se assemelhado, não estigmatizado e ainda, um possível ouvinte das palestras que normalmente são ministradas nesses estabelecimentos.

A pena de comparecimento a programa ou curso educativo visa atingir a política de redução de danos previstas na Lei de Drogas. Sem dúvidas que tais programas ou cursos educativos mencionados na lei, devem ser sempre voltados ao tema do uso indevido de drogas ilícitas, sempre visando a redução e extinção do uso e mostrando a importância de reinserção do usuário ao convívio social e familiar.

3.1.2 - Da descriminalização

A polêmica no meio jurídico surgiu com a vigência da lei 11.343/2006, uma vez que há divergência doutrinária acerca da situação jurídica do usuário no tocante a descriminalização do usuário, já que este não pode sob hipótese alguma ser privado de sua liberdade.

Sobre a posse de drogas e os entendimentos acerca da descriminalização, importante trazer a lição de Luiz Flávio Gomes:

A posse de drogas para consumo pessoal deixou de ser formalmente “crime”, mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no art. 28 da nova lei continua sendo ilícita (mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar). Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o art. 28 retrata mais uma hipótese de despenalização. Descriminalização “formal” e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da Lei de Drogas (houve um processo misto).³⁰

Entende, o referido jurista que “a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis* (...) porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão”.³¹ Isto porque, ele se baseia no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, de que crime é infração penal punida com reclusão ou detenção.

Insta consignar os posicionamentos contrários e prevaletentes de que não houve descriminalização da conduta tipificada no art. 28, vejamos:

Roberto Mendes de Freitas Junior, argumenta o seguinte:

O Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941 – Lei de Introdução ao Código Penal – jamais poderia se referir às penas restritivas de direitos, vez que estas só foram inseridas na legislação penal após a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984. Óbvio, portanto, que em 1941, o legislador não poderia incluir, na definição de crime (art. 1º da LICP), a cominação de pena restritiva de direitos, já que tal pena não existia no direito pátrio. O art. 28, ademais, está inserido no Capítulo III, do Título III, da Lei n.11.343/2006, sob a rubrica “Dos crimes e das penas”, tornando inquestionável a intenção do legislador em considerar tal conduta como ilícito penal.³²

No mesmo sentido é o raciocínio de Davi André Costa Silva:

O argumento pela descriminalização é frágil, pois se funda no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal que apresenta a diferença entre crimes e contravenções, tendo, como único critério diferenciador, as penas. A LICP não é a única norma legal a prever as penas a serem adotadas no Brasil. O próprio Código Penal, que teve sua parte geral reformada em 1984, apresenta outras penas, além da reclusão, detenção, prisão simples e multa disciplinadas originalmente na LICP. Além das penas privativas de liberdade, há as restritivas de direito, dentre as quais a prestação de serviços à comunidade, exatamente a mesma cominada para os usuários (art. 28, II, e § 6º, II, da Lei 11.343/06).

Ainda que tal argumento não se mostre suficiente, o operador do direito deve se ancorar na Constituição da República (art. 5º, inc. XLVI), que também prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, da perda de bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos. [...] A natureza jurídica do artigo 28 é de medida

³⁰ GOMES, Luiz Flávio, Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4ª ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

³¹ GOMES. *Op. cit.* 2011. p. 130

³² FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de Drogas: Comentários à Lei nº 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2006. p.34 e 35.

despenalizadora mista, eis que o legislador optou por adotar medidas educativas – duas delas afastam por completo a aplicação de pena (advertência sobre os efeitos das drogas e comparecimento a programa ou curso educativo), por isso chamadas de medidas despenalizadoras próprias ou típicas. A terceira é uma medida despenalizadora imprópria ou atípica, pois embora objetive evitar a prisão, impinge ao usuário uma pena restritiva de direitos – a prestação de serviços à comunidade.³³

E finalizando, argumenta o mestre Vicente Greco Filho:

A lei não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, mas a conduta continua incriminada. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpetua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional.³⁴

Compreendo-se, que o usuário de drogas passou a ser visto pelo legislador como doente, necessitando portanto, de tratamento diferenciado pelo Estado, não implicando essa atenção especial em descriminalização da conduta ainda considerada ilícita.

Nesse sentido, também importante ressaltar os apontamentos de Fernando Capez:

A nova lei de tóxicos manteve o crime no art. 28. Não se pode falar em descriminalização, porém seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. (...) o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal.³⁵

Volvendo os olhos para a problemática, importantíssimo trazer o entendimento do STF, em relação a conduta do usuário, vejamos:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração

³³ SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente; “et al” RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: lei nº 11.343/2006. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44

³⁵ CAPEZ, Fernando. **A nova Lei de tóxicos, modificações legais relativas à figura do usuário.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 14. Out/Nov, 2006.

penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.³⁶

Nesta decisão pode-se verificar que o STF entendeu que não houve *abolitio criminis* referente ao art. 28 da Lei 11.343/2006, que o delito de posse de drogas para consumo pessoal, continua sendo crime sob a égide da lei nova. A turma, afirma, que o que ocorreu foi uma despenalização, caracterizada pela exclusão das penas privativas de liberdade.

Tal decisão afasta ainda o entendimento doutrinário de que o fato passou a ser uma infração *sui generis*. Uma vez que se assim o fosse, haveria impossibilidade de enquadramento da conduta no ordenamento jurídico, já que não seria nem crime nem contravenção penal.

Alem disso, também rejeitou o argumento de que a conduta do usuário deixou de ser criminosa, em razão do que dispõe o art. 1º do Decreto Lei 3.914/41 (LICP), entendendo o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, que o mencionado dispositivo estabelece apenas critérios para a distinção entre crime e contravenção.

O Superior Tribunal de Justiça em caso análogo seguiu o mesmo entendimento:

³⁶ STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007.

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 16 DA LEI N.º 6.368/76. PRAZO PRESCRICIONAL DE 2 (DOIS) ANOS. ART. 30 DA LEI Nº 11.343/2006 (NOVA LEI DE TÓXICOS). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. LAPSO TEMPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolição criminis e infração penal *sui generis* para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização. 2. O prazo prescricional para a infração de uso de substâncias entorpecentes foi estabelecido em 2 (dois) anos, nos termos da redação do art. 28 da nova Lei de Tóxicos. 3. A nova legislação, mais benéfica ao acusado, deve ser aplicada em atenção ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, e art. 5.o, inciso XL, da Constituição Federal. 4. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade estatal, julgando prejudicado o recurso especial.³⁷

Os tribunais estaduais também seguem no mesmo sentido:

TJSP - PORTE DE ENTORPECENTE. ART. 16 DA LEI 6.368/76. CONDENAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO EM FACE DA LEI 11.343/2006. INOCORRÊNCIA DE DESPENALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 166.36811.3431. A nova lei de drogas não descriminalizou a conduta do porte de entorpecente. Assim, se o paciente foi condenado pelo art. 16 da Lei nº 6.368/76, caberá a substituição dessa pena por uma das medidas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. 2. Doutrina e jurisprudência se afinam, para declarar que não houve descriminalização da conduta do porte de entorpecente. 3. Ordem denegada. Nova lei de drogas.³⁸

TJRS - SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA MANTIDA, POIS NÃO COMPROVADA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA DROGA APREENDIDA. USUÁRIO. ABOLIÇÃO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. NÃO HÁ, NA LEGISLAÇÃO ATUAL, DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA, APENAS DESCARCERIZAÇÃO, COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS EDUCATIVAS. Apelo parcialmente provido.³⁹

Como já salientado alhures, tais posicionamentos se baseiam no entendimento de que a conduta está tipificada no art. 28, não podendo, portanto, se falar em descriminalização e sim despenalização no que tange as penas privativas de liberdade, porque o usuário não sofre sanção penal de prisão, mas prevê outras penalidades, que embora tenham sido mitigadas não perderam o caráter de ilícito uma vez que a posse de droga não foi legalizada,

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2006/0148715-0. Relatora Ministra Laurita Vaz. Órgão julgador: Quinta Turma. Data de julgamento: 26/06/2007. Data da publicação: DJ 06/08/2007.

³⁸ STJ - HABEAS CORPUS 121145 SP 2008/0255518-7, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 10/06/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2010.

³⁹ TJRS - Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 23/03/2011) Data de Julgamento: 23/03/2011

O intuito de não mais encarcerar o usuário é justamente para oportunizar a sua recuperação, oferecendo-lhe oportunidades de recuperação e de reinserção na sociedade por meio de medidas educativas e tratamento, conforme prevê os parágrafos quinto e sétimo do artigo 28 da lei em estudo:

§ 5º - A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 7º - O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Portanto, descriminalizar é retirar do direito penal algumas condutas que não são tidas como muito graves, entretanto de caráter delitivo.

Para Flávio Luiz Gomes:

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis*, é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e a transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial).

Na legalização, portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, isto é, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório.⁴⁰

Opostamente ao entendimento do ilustre jurista supra citado, conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, entendem que não houve a descriminalização, tampouco *abolitio criminis*, ao contrário, o STF afirma ser criminoso o comportamento descrito no artigo 28, e afirma mais, que são penas aquelas prevista no referido artigo.

Também é o entendimento de Vicente Greco Filho que afirma que as penas são próprias e específicas, e que não perderam as características de sanções penais. Vejamos:

Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução do Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão

⁴⁰ GOMES, op. cit., p.130-131.

simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso do decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar.⁴¹

Aliado a esse entendimento, importante salientar o que prevê a CF/88, em seu art. 5º, XLVI, dispondo que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: “a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos”.⁴²

Quando lemos atentamente este artigo, verificamos que ele não é taxativo, portanto, a lei não só regula a individualização da pena, mas também deixa a critério do legislador, havendo necessidade, criar novas penalidades, desde que não incluam as vedadas, quais sejam: pena de morte, banimento, trabalhos forçados, cruéis.

Foi justamente o que ocorreu com as penas descritas no art. 28, o legislador entendeu que havia a necessidade de não mais encarcerar o usuário, mas sim de criar penas alternativas, penas estas com intuito educativo, visando combater a prática delituosa, conforme dispôs no art. 19, I da mesma lei, entendendo que o “uso indevido de drogas deve ser reconhecido como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence”.

Dessa forma, entende-se que houve na verdade um abrandamento do Estado em punir o usuário de drogas, o que não pressupõe uma descaracterização do delito. Até porque para que uma conduta ilícita seja caracterizada como crime não é necessário que haja privação de sua liberdade.

Se assim o fosse, deveria existir também pena de prisão para todos os demais crimes catalogados nas leis especiais, como por exemplo, o crime ambiental praticado pelas pessoas jurídicas e também os crimes previstos no código eleitoral que para algumas condutas preveem somente a pena de multa.

O que ocorre na verdade é que a lei objetivou tratar o usuário e o dependente, como já mencionado, como doente e necessitado de aconselhamento, acompanhamento, com uma atenção especial, a fim de que deseje ser

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei nº 11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

⁴² BRASIL. CF/88. **Vade Mecum Saraiva**. Op. cit.

ressocializado e não encarcerado. É o que podemos observar nos artigos 20/22 da Lei em comento: *in verbis*.

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Assim, entende-se que o uso indevido de drogas continua sendo crime, uma vez que consta do art. 28 como tal, esse crime não tem punição de restrição a liberdade do usuário, mas sim, visa a oportunidade de tratamento deste indivíduo que é também um lesionado, uma vítima, portanto, o tratamento é medida que se impõe por se tratar de problema de saúde pública.

Nesse ponto, interessa-nos trazer relatos acerca do projeto de lei que prevê a reforma do Código de processo penal, no tocante a descriminalização do uso de drogas. Há inclusive a aprovação pela comissão que discute o novo Código Penal indicações de que haverá a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Dessa forma, encerrar-se-ia a polêmica existente acerca da descriminalização, uma vez que não haverá mais crime em situações de flagrância pela polícia de usuários consumindo drogas ou o cultivo para consumo próprio.

O projeto também prevê que, mesmo não havendo crime, mas se os usuários que consomem drogas ostensivamente em locais públicos, nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes ou na presença desses, responderão a processo na Justiça e estarão submetidos as

mesmas penas já existentes, quais sejam: a advertência sobre os efeitos do consumo de drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou mesmo curso educativo.

Assim, caso haja a aprovação do projeto, será o fim da polêmica existente sobre se o porte de drogas para uso próprio é um ato criminoso ou não.

3.1.3 - Despenalização

Baseando-se em tudo que já fora visto no presente estudo, concluímos que a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/2006, quando trata especificamente sobre o porte de droga para consumo próprio, continua sendo conduta criminosa, conforme entendimento pacífico tanto do STJ quanto do STF.

Em relação a discordância doutrinária e jurisprudencial acerca da despenalização ou não da conduta de portar drogas para uso, resta claro que esta foi realmente despenalizada, conforme já firmado pelo STF, bem como pode ser observado pelas penas impostas para o agente que comete tal conduta não ter mais previsão de privação de sua liberdade, havendo, tão-somente penas de cunho educativo e social.

Sobre o instituto despenalização, o jurista Luiz Flávio Gomes tem o seguinte entendimento:

Despenalizar... significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei 9.099/1995), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão). A Lei 11.343/2006 (art. 28) aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao Direito). Houve, portanto, descriminalização "formal", mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial).⁴³

Dessa forma, conforme entendimento de Raul Cervini, "a despenalização pode ser entendido como uma maneira de diminuir a pena de um determinado delito

⁴³ GOMES. Op. Cit. pp. 131-132

sem que ocorra a descriminalização do mesmo, ou seja, sem tirar do fato o caráter ilícito penal.”⁴⁴

Portanto, observa-se que o fato de diminuir a pena pode consistir em outras penas, a exemplo do que ocorre na Lei de Drogas, o crime passa a ter penas de prestação de serviços a comunidade, frequência a cursos e advertência quanto aos efeitos nocivos do uso de drogas, ao invés de pena privativa de liberdade.

Assim, despenalizar significa manter a ilicitude da conduta, contudo, mitiga-se o uso da pena de prisão, para outras medidas despenalizadoras, como as penas alternativas da lei 9.099/95.

3.1.4 - Do procedimento para o usuário

Assim, flagrado o usuário consumindo, adquirindo, guardando, tendo em depósito, transportando ou trazendo consigo, para consumo pessoal, este deverá ser apresentado ao juiz. Caso não seja possível essa prática, o usuário ou dependente de drogas será conduzido à presença da autoridade policial que lavrará um termo circunstanciado e imediatamente liberado, sob o compromisso de comparecimento na audiência preliminar perante o Juizado Especial Criminal, para a transação penal.

Importante definir o que é uma transação penal:

Na lição do Professor Damásio de Jesus: “Transação penal nada mais é que um negócio jurídico que ocorre entre o Ministério Público e a defesa, onde a mesma proporcionará ao juiz imediatamente, aplica uma pena alternativa justa para a defesa e a acusação”.⁴⁵

Assim, se o autor do fato não aceitar a transação penal, que consiste em advertências sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, prossegue-se pelo rito sumaríssimo da Lei 9.099/95.

⁴⁴CERVINI. **Os Processos de Descriminalização.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/problem%C3%A1tica-da-suposta-descriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-uso-de-drogas-perante-lei-1134306>> acesso em 22 de abril de 2012.

⁴⁵ **Artigo 28 da Lei 11.343/2006 e a Despenalização do Crime de Uso de Drogas.** Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.21199>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

Observando-se que, em sendo o usuário menor de 18 anos, responderá por ato infracional, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora não haja possibilidade, sob hipótese alguma de privar o usuário de sua liberdade, se houver resistência a sua apresentação ao juiz ou autoridade policial, é autorizada a conduzi-lo coercitivamente.

Portanto, há penas para o usuário e para aqueles que além do uso também: “semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”.

Embora haja a divergência doutrinária acerca da descriminalização da conduta do usuário, essa não ocorreu, até porque a conduta continua sendo punida por ter natureza de crime conforme disposto na Lei 11.343/2006 em seu capítulo intitulado “dos crimes e das penas”. Aliado a esse fato, as penalidades só podem ser aplicadas por um juiz de direito, tudo conforme disposto no art. 48 da mencionada lei. Vejamos:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

4. - Da repressão ao uso de drogas e sua relação com o tráfico ilícito de drogas do art. 33 da Lei 11.343/2006

Embora não seja o foco principal do presente trabalho, importante traz aqui algumas condutas típicas do tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que este está atrelado ao uso, pois um não sobrevive sem o outro.

4.1 - Condutas típicas de tráfico

O dicionário Aurélio traz a seguinte definição para palavra tráfico: “comércio, negócio, tráfego”.⁴⁶ Logo, conclui-se que quem comercializa, negocia, e faz o fluxo de drogas é tido como traficante, uma vez que este objetiva obter lucro com a mercancia.

Como já mencionado no conceito de tráfico do presente trabalho, considera-se traficante, o agente que passa adiante a drogas, os que a fazem circular gerando riquezas. Entretanto, a Lei não considera tráfico somente a prática onerosa, mas todas as condutas tipificadas no *caput* do art. 33, entre elas a do fornecimento gratuito.

Observa-se, portanto, que as condutas descritas no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, são essencialmente dolosas. Tanto é que o legislador entendeu por bem em punir com maior rigor, visando desestimular tais práticas. Para tanto, passou a pena mínima para 05 (cinco) anos e a máxima para 15 (quinze) anos e a multa de 500 a 1.500 dias-multa.

A referida lei, através dos seus dispositivos diferencia substancialmente o usuário do traficante. Da mesma forma que abranda as penas aos usuários e dependentes, que a partir da vigência desta lei passam a ser considerados vítimas, doentes e necessitados de cuidado especial por parte do Estado tais como: medidas educativas, tratamento e reinserção social. Por outro lado agrava as penas impostas aos traficantes e aqueles que se responsabiliza pela disseminação das drogas.

O art. 33 da lei 11.343/2006, possui 18 núcleos, sendo a conduta criminosa e dolosa e basta haver por parte do agente vontade de realizar algumas das condutas disposta no artigo, para ser considerado transgressor.

⁴⁶ Dicionário Aurélio on line. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Trafico.html>. acesso em 22 de abril de 2012.

Feitas essas considerações, necessário se faz descrever algumas das condutas consideradas criminosas e tipificadas no art. 33 da lei 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A lei antidrogas não traz o nome para o crime “tráfico de drogas”, ou seja, temos a definição para o crime através das condutas tipificadas, mas não temos o *nomen iuris*. Talvez por conta da multiplicidade dos verbos que o caracterizam, bem como por ser um crime de ação múltipla, o legislador não tenha definido o nome para o crime.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência, o faz, denominando o crime de tráfico de drogas como as condutas tipificadas no *caput*, do art. 33, e no parágrafo 1º da Lei Antidrogas.

As condutas descritas no § 1º, incisos I a III são denominadas de crimes equiparados ou assemelhados ao tráfico ilícito de drogas, por isso possuem a mesma cominação de pena. Já as condutas dos parágrafos 2º e 3º são consideradas de médio potencial ofensivo e pequeno potencial ofensivo,

respectivamente e, portanto, não podem aceitar a aplicação da Lei 8.072/90, por não serem consideradas como crime de tráfico e equiparados a hediondo.

4.2 - Crime de ação múltipla

Verifica-se que referido artigo visa proteger a saúde pública que é o bem jurídico tutelado e da mesma forma a saúde individual. É portanto, um tipo misto alternativo e de conduta múltipla, por que traz diversos núcleos verbais.

É o que define Luiz Flávio Gomes:

Os vários núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado). Assim, mesmo que o agente pratique no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica (p. ex., depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerado pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP).⁴⁷

O entendimento de Cezar Roberto Bitencourt é que "Crime de ação múltipla ou de conteúdo variado é aquele cujo tipo penal contém várias modalidades de condutas, e, ainda que seja praticado mais de uma, haverá somente um único crime."⁴⁸

Segundo esses entendimentos, o tráfico de drogas por seus vários núcleos, é considerado um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que um agente pode praticar mais de uma das ações tipificadas. E, ainda, em razão do princípio da alternatividade, ele só responderá por um crime. Portanto o crime de tráfico de drogas é um crime de ação múltipla alternativo. Se ao contrário disso, não ficar provado que as diversas condutas não tiverem proximidade, haverá então concurso de crime material, ou ainda crime continuado.

É evidente que, em havendo a prática de mais de uma conduta delituosa o juiz deverá averiguar a que for mais lesiva entre as outras condutas dentro do contexto, para que possa fixar a pena. Uma vez que pode ocorrer concurso de crimes em delito de ação múltipla em contextos fáticos distintos.

É o que leciona Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

⁴⁷ GOMES, op. cit., p. 196

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1, p. 148.

O presente delito é clássico exemplo de tipo misto alternativo, aplicando-se o princípio da alternatividade caso o agente, dentro de um mesmo contexto fático, pratique mais de uma conduta. Assim, se importa e vende a mesma cocaína, responderá por apenas um crime. Porém, caso os contextos fáticos sejam diversos, responderá por concurso de crimes. Portanto, se importa maconha e vende cocaína, responderá por dois crimes, em concurso.⁴⁹

4.3 - Situações Indicativas do Tráfico

No entendimento do jurista Luiz Flávio Gomes para que a conduta do agente seja considerada como crime de tráfico de drogas, além da quantidade da droga apreendida, também deverá ser observado outros fatores, tais quais o local e a forma que ocorreu a prática criminosa, as circunstâncias da prisão, o comportamento do agente, a sua qualificação e seus antecedentes, conforme disposto no art. 52, I. Para enfatizar, o referido autor cita as decisões RT 524/403 e RT 691/297:

Os fatores quantidade e qualidade da droga podem induzir tráfico ou uso próprio, na conformidade de diversos outros. Certo que não se classifica o traficante pela quantidade exagerada do tóxico. Mas, no caso em tela, não há fugir tratar-se de traficante de cocaína: a quantidade, 330, 123g, a condição pessoal do réu, a ausente capacidade econômica para vinculação ao uso, as condições de sua prisão, a ausência total de prova a seu favor, ocupação de ônibus intermunicipal carregando a elevada quantidade da droga demonstram ele ser traficante.⁵⁰

O art. 52, I, Lei 11.343/2006 esclarece quanto aos critérios para identificação do traficante, *in verbis*:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.

Conforme a explicação do autor supra citado, entende-se que para identificação do traficante nem sempre vai depender da quantidade da droga apreendida em seu poder. Haverá situações em que a quantidade não servirá como parâmetro para tal conclusão, se levada em conta a profissão, os meios de vida daquele que porta grande quantidade de drogas.

Importante trazermos o exemplo do caso que repercutiu na mídia quando o ator Marcelo Antony foi inicialmente preso por tráfico de drogas. A princípio a

⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de, "et al". **Lei de Drogas: Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Comentada artigo por artigo. São Paulo: ed. Método. 2008, p.90.

⁵⁰ GOMES. Op. Cit. 2008. p. 196.

quantidade apreendida fez com que a autoridade policial entendesse que tratava-se de tráfico. Logo em seguida foi posto em liberdade pelo juiz que entendeu ser ele usuário, uma vez que os fatores conduta, qualificação e antecedentes do agente indicaram que a grande quantidade por ele comprada era por conta do seu poder aquisitivo, aliado ao fato de não poder ir com frequência aos pontos de venda em razão de ser ele pessoa demasiadamente conhecida.

A fim de demonstrar os critérios utilizados para identificação dos fatores que identificam o tráfico, trazemos o seguinte julgado:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Os testemunhos dos agentes penitenciários, ao relatarem que a acusada foi flagrada trazendo consigo cerca de 105 gramas de maconha, dão conta da prática de tráfico e são válidos para embasar eventual Decreto condenatório. Além disso, percebe-se que diante dos agentes penitenciários a acusada apresentou diferentes versões para o fato de estar na posse do entorpecente, o que demonstra a falta de veracidade de seu relato judicial. Outro ponto relevante é que a acusada não apontou a suposta pessoa que teria lhe passado o saco que continha o entorpecente. TESES DEFENSIVAS. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO COMÉRCIO. TENTATIVA E DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO. Desnecessária a conduta de venda por parte da agente para a configuração do tráfico por se tratar de tipo de conduta múltipla. Não cabe o pleito defensivo de reconhecimento do tentame, isso porque, o tráfico ilícito de entorpecentes é crime de ação múltipla, bastando a prática de qualquer das condutas do tipo para sua consumação. Também fica afastado o pedido de desclassificação para o delito de uso de entorpecentes, primeiro porque a ré sequer alegou ser usuária de drogas, e segundo pela considerável quantidade de entorpecente apreendida (mais de 100 gramas de maconha). PENA DE MULTA. REDUÇÃO DE OFÍCIO. Aplicável, no caso, a redutora do § 4º do art. 33 sobre a pena de multa, que fica reduzida para 133 dias. Apelo parcialmente provido.⁵¹

4.4 - Da Consumação

Sobre a consumação do crime de tráfico de drogas, Luiz Flávio Gomes leciona o seguinte:

Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar etc.). A multiplicidade de condutas incriminadas parece inviabilizar a

⁵¹ TJ-RS, AC n. 70030773246, Charqueadas, rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 23/09/2009. Disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000JHQ10000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4303315&pdf=true>> . Acesso em 18 de abril de 2012.

tentativa. Assim já se decidiu (na vigência da lei anterior): Em razão da superposição de tipos que definem as condutas do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, é impossível o reconhecimento da tentativa na conduta da filha que remete pelo correio pequena quantidade de droga para sua mãe, pelo fato de a substância ter sido interceptada e apreendida antes de chegar às mãos da destinatária, pois, antes de remeter o entorpecente, a acusada já o tinha adquirido, mantido em depósito e transportado, circunstâncias que, por si sós, são suficientes para caracterizar o crime de tráfico na forma consumada.⁵²

Dessa forma, podemos entender que o tráfico de drogas, trata-se delito de ação múltipla, e se consuma quando o agente pratica qualquer das condutas descritas no art. 33. E por ser crime formal, não se exigindo para sua consumação, que haja efetiva entrega da droga ao seu destinatário.

4.5 - Da Tentativa

Em razão de haver inúmeras condutas incriminadoras, a tentativa parece inexequível. Entretanto há correntes divergentes.

Para o jurista Luiz Flávio Gomes, a tentativa se consuma com qualquer uma das condutas do núcleo, vejamos:

Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar etc.). A multiplicidade de condutas incriminadas parece inviabilizar a tentativa. Assim já se decidiu (na vigência da lei anterior): 'Em razão da superposição de tipos que definem as condutas do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, é impossível o reconhecimento da tentativa na conduta da filha que remete pelo correio pequena quantidade de droga para sua mãe, pelo fato de a substância ter sido interceptada e apreendida antes de chegar às mãos da destinatária, pois, antes de remeter o entorpecente, a acusada já o tinha adquirido, mantido em depósito e transportado, circunstâncias que, por si sós, são suficientes para caracterizar o crime de tráfico na forma consumada.⁵³

Em posição contrária, temos o seguinte julgado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REMESSA DA DROGA PELOS CORREIOS NÃO EFETIVADA. TENTATIVA PERFEITA. - Em sede de crime de tráfico de entorpecentes, na modalidade de remeter a encomenda tóxica por via postal, não se consuma o delito se a droga é apreendida nos Correios, antes de ser enviada ao

⁵² GOMES. Op. cit. 2008, p. 199.

⁵³ GOMES. Op. Cit. 2008, p. 199.

destinatário, configurando-se na hipótese a tentativa perfeita. - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁵⁴

Portanto, quando se trata de crime de tráfico, há que se considerar a impossibilidade de tentativa, uma vez que se o agente for surpreendido tentado vender a droga, mesmo assim, estará trazendo consigo ou guardando a droga para fins de comércio. Assim, diante da multiplicidade das condutas, conclui-se que não há tentativa, que qualquer que seja a conduta do agente que vende drogas, está esta tipificada como tráfico consumado.

4.6 - Da Matéria-Prima

Outra inovação do legislador é em relação as condutas típicas relativas a matéria prima, uma vez que a nova lei menciona o insumo ou produto químico utilizado para produção da droga conforme disposto no § 1º do art. 33 da Lei 11.343/2006:

Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas...

Não só as substâncias como éter sulfúrico e acetona que são necessárias para o refino da cocaína, mas também quaisquer outras que sirvam para o mesmo fim, é nesse sentido o julgado do TJDF:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TÓXICOS. TRÁFICO. ARTIGO 33, § 1º, I, LEI 11343/2006. BENZOCAÍNA, LIDOCAÍNA E CAFEÍNA. MATÉRIA PRIMA PARA PREPARAÇÃO DE PASTA BASE DE COCAÍNA. PROVA ROBUSTA. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS. PENA. ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA (1 KG DE MACONHA). REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. SUBSTITUIÇÃO. VEDAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL

1. Se o réu transporta grande quantidade (quase 10 kg) de benzocaína, lidocaína e cafeína, matérias primas para preparação da pasta base da cocaína, sem apresentar versão verossímil sobre sua destinação, sua conduta deve ser enquadrada nos rigores do art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006. 2. A simples alegação de que as substâncias seriam utilizadas em farmácia de manipulação, sem maiores elementos de convicção em sentido contrário à configuração do tráfico, há de ser rechaçada, mormente

⁵⁴ STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 162009 SP 1998/0001295-8, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 17/05/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05.06.2000 p. 220LEXSTJ vol. 133 p. 381REVJUR vol. 273 p. 135RJADCOAS vol. 1 p. 507RT vol. 782 p. 553). Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/349266/recurso-especial-resp-162009-sp-1998-0001295-8-stj>> Acesso em 22 de abril de 2012.

se o réu confirma não ser a primeira vez que presta tal serviço (transporte), ressaltando ainda ser regamente remunerado. 3. Utilizadas circunstâncias judiciais em duplicidade, deve ser reduzida a pena base, sob pena de incorrer em *bis in idem*. 4. Recurso parcialmente provido. Penas privativa de liberdade e pecuniária reduzidas.⁵⁵

Vejamos também acerca desse assunto o posicionamento dos juristas Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

A alteração legislativa, além de afastar qualquer discussão, evitará a necessidade de ampliação, demasiada do conceito de “matéria-prima”, como fazia a jurisprudência anterior, equiparando a tal conceito os de insumo e de produtos químicos destinados à produção da droga⁵⁶.

Com a inovação da lei de drogas, incrimina-se tanto a matéria prima, quanto os insumos e os produtos químicos. Sendo que a matéria-prima é de onde se extrai o entorpecente, já o insumo é o produto utilizado para extração e produção da droga.

4.7 - Semeação, cultivo e colheita de plantas ilícitas – matéria-prima para preparar drogas

Como já vimos anteriormente, incorre nas mesmas penas do caput do art. 33, o agente que semeia, cultiva ou faz a colheita das plantas que servem de matéria-prima para as drogas, sem autorização legal.

Da mesma forma ocorre com o agente que além de plantar, cultivar e colher, ainda mantém em depósito para fins de comércio, embora responda por somente um crime, com progressão da atividade criminosa, vejamos:

Cultivar maconha e mantê-la em depósito para comercialização não configura concurso material de delitos. O depósito se apresenta como prosseguimento da ação anterior, existindo forçosa conexão entre os dois momentos da atividade desenvolvida pelo agente. O delito perpetrado é, pois, um só, com progressão na atividade criminosa.⁵⁷

A constituição Federal prevê que em casos de glebas de terras que cultivem plantações ilegais de plantas que sirvam de matéria-prima para extração de entorpecentes, estas serão expropriadas sem indenização ao proprietário e

⁵⁵ TJDF. Apelação Criminal n. 32546020108070001 DF 0003254-60.2010.807.0001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 18/11/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 26/11/2010, DJ-e Pág. 215. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17538064/apr-apr-32546020108070001-df-0003254-6020108070001-tjdf>> acesso em 22 de abril de 2012.

⁵⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de, et al. Op. Cit. p. 94.

⁵⁷ TJMG;145/386. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=153&ano=2&txt_proce sso=17597&complemento=1>

destinadas a assentamentos a fim de que sirvam ao cultivo de produtos alimentícios ou medicinais.

Art. 243 da CF/88, *in verbis*:

As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Dessa forma, o proprietário que for flagrado cultivando plantas para produzir drogas ilegais terá toda a sua área de terras expropriada, conforme decisão já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

4.8 - Do local para uso de drogas

Outro ponto importante de inovação com a vigência da nova lei é a conduta de ceder local uso de drogas, conforme disposto no inciso III do art. 33 da Lei 11.343/2006:

Utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Vejamos o entendimento dos juristas Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

É de se questionar : houve verdadeira *abolitio criminis* em relação a conduta daquele que utiliza local de sua propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize para o uso de drogas? Apesar do posicionamento do Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, entendemos que nem todas as situações tornaram-se atípicas. Temos, portanto, que distinguir. Aquele que utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo próprio de drogas praticará apenas a conduta do art. 28 da nova Lei, pois aquela conduta é atípica perante a nova Lei. Por outro lado, aquele que ceder local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo de drogas de terceiros poderá estar auxiliando o uso indevido de drogas, incidindo, eventualmente, nas penas do § 2º do art. 33 da nova Lei.⁵⁸

4.9 - Das consequências processuais para o usuário

Abordaremos a seguir as consequências processuais para os usuários de drogas e o procedimento adotado.

Conforme prevê o parágrafo 1º do artigo 48 da Lei 11.343/2006:

⁵⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de, "*et al*". Op. Cit. p. 96

Art. 28 - O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Da mesma forma o parágrafo segundo também esclarece que às condutas previstas no art. 28 não são impostas prisão em flagrante. Que o usuário flagrado nas condutas mencionadas no referido artigo, somente serão apresentados de imediato ao juízo competente, qual seja, o Juizado Especial Criminal, ou na falta deste a Autoridade Policial, onde este lavrará termo circunstanciado do fato ocorrido e o usuário firmará compromisso de comparecer em Juízo na data e horários determinados, sendo que, após exame de corpo de delito o usuários deve ser imediatamente liberado.

Após a fase de diligencia pelo Delegado de Policia e lavrado o competente termo circunstanciado, realiza-se a audiência preliminar na sede do Juizado Especial Criminal. Ocasão em que o representante ministerial faz a proposta de transação penal ao usuário, prevista no *caput* do artigo 28 da Lei 11.343.

Se aceita a transação, o termo circunstanciado aguarda o cumprimento da transação para, após ser extinta a punibilidade do autor do fato e posteriormente arquivado.

Ocorrem situações em que a transação penal é descumprida, ou até mesmo recusada pelo autor do fato. Diante dessa situação, o rito da Lei 9.099, permite o oferecimento de denuncia pelo órgão ministerial.

Ofertada a denúncia, antes de ser aceita pelo Juiz, promove-se a oportunidade de nova formulação de proposta de suspensão condicional do processo, conforme prevê o art. 89 da lei 9.099/96, ocasião em que se o autor do fato rejeitar as imposições ou as descumpri-las, o processo segue e será possível uma condenação. Condenação esta que só poderá culminar em penas de advertência sobre os efeitos das drogas (artigo 28, inc. I), prestação de serviços à comunidade (inc. II) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inc. III).

Há ainda que se observar que o prazo máximo permitido para as penas descritas nos incisos II e III, é de 05 (cinco) meses, e, em havendo reincidência a pena poderá ser de até 10 meses. Salientando que a reincidência nesse caso é somente para os casos de condenação anterior pelo cometimento do mesmo crime do art. 28, não incluindo-se as condenações por infração a outros delitos.

Novamente poderá o autor do fato não cumpri-las, não aceita-las e em casos de reincidência no mesmo fato criminoso, é facultado ao juiz infligir a pena de admoestação verbal.

Caso essa penalidade não surta efeito, o Juiz imporá a pena de multa que não poderá ser menor que quarenta dias multa, nem exceder cem dias multa. Tal valor toma por base de cálculo vários fatores, mas o mais importante deles é a de demonstrar a reprovabilidade da conduta do agente.

Assim, podemos observar pela análise do art. 1º da Lei 11.343/2006 com clareza que, o legislador objetivou para o tráfico ilícito de drogas, a repressão e para o usuário e dependentes a prevenção do uso indevido e a especial atenção para sua recuperação e reinserção no meio social.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico objetivou uma investigação detalhada das legislações antidrogas que vigoraram no Brasil desde seu descobrimento até os dias atuais.

Visou também discorrer principalmente sobre a Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida popularmente como Lei Antidrogas, e as inovações trazidas em seu bojo, principalmente em relação as mudanças quanto as penalidades impostas ao usuário e as formas de tratamento a eles dispensadas.

Por ser uma lei bastante discutida no mundo jurídico, ante a diversidade de entendimentos acerca da conduta do usuário de drogas, foi o que fez despertar o interesse acadêmico a fim de entender se o porte de drogas para consumo pessoal é ou não uma conduta considerada criminosa, eis que é essa uma questão que tem gerado diversos questionamentos e controvérsia tanto doutrinária quanto jurisprudencial.

Nota-se que a nova Lei de Drogas preocupou-se em alterar a nomenclatura das drogas ilícitas, abolindo a famosa expressão “substância entorpecente” por simplesmente droga, definindo que todas as substâncias que constam no rol da Portaria SVS/MS nº. 344 são consideradas como drogas que causam dependência física e psíquica dos que a consomem.

No artigo 28 da referida lei, estão descritas as novas penalidades impostas aos usuários e dependentes, ou seja, àqueles que adquirem, guardam, tem em depósito, ou transportam para consumo pessoal drogas sem autorização legal. Sendo que tais penas são: advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A nova lei de drogas gerou grandes discussões jurisprudencial e doutrinária, na questão relativa a despenalização e a descriminalização quanto ao uso de drogas.

Uma corrente entende que houve descriminalização formal acerca do uso e posse de drogas para consumo próprio, sem que com isso tenha sido a conduta legalizada,

continua sendo considerada criminosa, embora não permita a privação de liberdade do agente.

Por outro lado a jurisprudência do STF e do STJ entende que o porte de drogas para uso pessoal foi apenas despenalizado, permanecendo, ainda, como crime.

Por fim, firmamos o convencimento de que a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06 não foi descriminalizada, apenas houve uma despenalização, já que, a pena privativa de liberdade foi extinta, dando lugar às penas que visam atingir única e exclusivamente as condutas do usuário de drogas, auxiliando-os na recuperação e reinserção social.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1, p. 148.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 229.
- CAPEZ, Fernando. **A nova Lei de tóxicos, modificações legais relativas à figura do usuário**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 14. Out/Nov, 2006.
- CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/problem%C3%A1tica-da-suposta-descriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-uso-de-drogas-perante-lei-1134306>> acesso em 22 de abril de 2012.
- DUARTE, Paulina Vieira. **Reinserção social**. Disponível em: <http://obid.senad.gov.br/OBID/Portalindex.jsp?ildPessoalJuridica=1>. Acesso em 12 de abril de 2012.
- FILHO, Vicente Greco e "et al". **Lei de Drogas Anotada**. 2ª Edição. Saraiva: 2008. p. 12 e 13.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de, **Drogas: Comentários à Lei nº 11.343, de 23.8.2006**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2006. p.34 e 35.
- GOMES, Luiz Flávio, **Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.
- GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. **Porte de drogas no ambiente militar, princípio da insignificância e bem jurídico penal**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - Acesso em 12 de abril de 2012.
- GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2008, p. 53.
- GRECO FILHO, Vicente; "et al" RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei nº 11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Malheiros. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade#ixzz1swpe9Baa>>acesso
- MENDONÇA, Andrey Borges de, "et al". **Lei de Drogas: Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Comentada artigo por artigo. São Paulo: ed. Método. 2008, p.90.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Parte Especial. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.157, 158,162.
- NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis penais comentadas**, 2 ed. São Paulo: RT 2007. Disponível em: <http://blogmocmp.blogspot.com.br/2009/08/trafico-privilegiado-e-crime-hediondo.html>. acesso em 23 de abril de 2012.
- SILVA, Davi André Costa. **Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista**. Jus Navigandi,

Teresina, ano 10, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. ***Princípios básicos de Direito Penal***. 5ª edição. 14ª tiragem. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008. p. 21.