

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

GUSTAVO HENRYQUE SANTANA SILVA

**DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI N° 11.343/2006
(LEI DE DROGAS)**

**CARUARU
2017**

GUSTAVO HENRYQUE SANTANA SILVA

**DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI N° 11.343/2006
(LEI DE DROGAS)**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida- ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Professor Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo

Primeiro Avaliador:

Segundo Avaliador:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais que sempre fizeram o possível e o impossível para que nada me faltasse, e me passaram ensinamentos valiosos para que eu possa procurar ser sempre uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo pelo acompanhamento e orientação feitos durante a produção deste trabalho e a todas as inúmeras pessoas que sempre me motivaram a continuar meus trabalhos quando eu pensei em desistir.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a evolução da legislação referente ao combate às drogas, apontando as mudanças que aconteceram no decorrer dos anos e como as sanções foram sendo alteradas para se moldar a realidade de cada época. Por muito tempo, o usuário de drogas ilícitas sofria sanções severas pelo fato de estarem infringindo a norma legal, chegando ao ponto de serem punidos com pena privativa de liberdade, do mesmo jeito que o próprio traficante de drogas. Aos poucos, esse pensamento de punir o usuário com tanta rigidez foi desaparecendo e hoje não mais se aplica pena de prisão para o usuário, sendo aplicadas penas alternativas, mais brandas, onde agora a conduta de usar drogas é visto como um crime de menor potencial ofensivo e que na visão da política criminal moderna o usuário não é visto como um perigo para a sociedade, pelo contrário, é alguém que precisa de amparo estatal, necessitando do cuidado do Estado para que fique longe das drogas. A repressão estatal em cima do usuário só aumentaria cada vez mais a desigualdade social, onde um mero consumidor de entorpecentes estaria sendo levado para cumprir pena junto com criminosos de alta periculosidade. Já com as penas alternativas aplicadas pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06, o usuário tem uma maior probabilidade de ressocialização e chance de permanecer longe das drogas.

Palavras-chave: Drogas; Usuário; Despenalização.

SUMMARY

The present research aims at analyzing the evolution of legislation related to the fight against drugs, pointing out the changes that have occurred over the years and how the sanctions have been changed to shape the reality of each era. For a long time, the user of illicit drugs suffered severe penalties for being in violation of the legal norm, to the point of being punished with deprivation of liberty, in the same way as the drug dealer himself. Gradually, this thought of punishing the user with such rigidity was disappearing and today no longer applies a prison sentence to the user, being applied alternative penalties, more lenient, where now the conduct of using drugs is seen as a crime of lesser potential Offensive and that in the view of modern criminal policy the user is not seen as a danger to society, on the contrary, is someone who needs state protection, needing the care of the state to stay away from drugs. State repression over the user would only increase social inequality more and more, where a mere consumer of narcotics would be taken to serve punishment along with high-risk criminals. Already with the alternative penalties applied by article 28 of Law 11.343 / 06, the user has a greater probability of resocialization and chance to stay away from drugs.

Key-words: Drugs; User; Descriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE ÀS DROGAS..	11
1.1 Ordenação das Filipinas.....	12
1.2 Código Criminal do Império.....	13
1.3 Código Penal do 1890.....	13
1.4 Código Penal de 1940.....	14
1.5 Lei nº 5.726 de 1971.....	14
1.6 Lei nº 6.368 de 1976.....	15
1.7 Lei nº 11.343 de 2006.....	15
1.8 O artigo 28 da Lei de Drogas.....	16
CAPÍTULO II. DISCUSSÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 28 DA LEI 11.343/06.....	21
2.1 Advertências sobre os Efeitos das Drogas.....	21
2.2 Prestação de Serviços a Comunidade.....	22
2.3 Medida Educativa de Comparecimento a Programa ou Curso Educativo.	24
2.4 Reincidência do Usuário.....	26
2.5 Despenalização do Artigo 28 da lei 11.343/06	28
2.6 O Artigo 28 da lei 11.343/06 e o uso de Drogas: descriminalização, despenalização ou continua sendo crime?.....	33
2.6.1 Primeira Corrente: O artigo 28 implicou a descriminalização do uso de drogas.....	34
2.6.2 Segunda Corrente: o artigo 28 implicou a despenalização do crime de uso de drogas, mas não a sua descriminalização.....	42
2.6.3 Terceira Corrente: o artigo 28 manteve o uso de drogas com a natureza jurídica de crime: não houve despenalização nem descriminalização.....	44
CAPÍTULO III. RESSOCIALIZAÇÃO DO USUÁRIO.....	46

3.1 Tratamento Especializado ao Usuário.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

As drogas são conhecidas pelo homem há milênios. Cada povo fez uso delas da maneira que era mais proveitoso para atingir suas pretensões. O homem foi evoluindo e as drogas vieram juntas na bagagem histórica das civilizações. Porém, com a evolução das sociedades, muitas regras de convivência também são alteradas e aquilo que era comum começou a ter um olhar mais crítico pelas autoridades. Diferente não seria com as drogas, que ao passar dos anos foi sendo controlada de forma mais severa e sendo proibido o livre arbítrio do seu consumo. Vamos passar a trabalhar alguns pontos pertinentes sobre as drogas, com enfoque na despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Neste trabalho serão discutidos pontos relevantes sobre a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), sendo abordado o conceito de drogas e posto em discussão quais são os aspectos de maior mudança no que diz respeito a punição do usuário de drogas. Outro ponto para a discussão serão os problemas sociais advindos do deficiente e falho sistema de prevenção ao uso de substâncias entorpecentes, tendo como enfoque jurídico decisões de tribunais e debates recentes do nosso Supremo Tribunal Federais sobre assuntos pertinentes à legislação de drogas.

No primeiro capítulo foi feita a conceituação do que podemos entender como droga e a evolução histórica da legislação de drogas para entendermos e analisarmos as mudanças que aconteceram com o decorrer dos anos e as mudanças ocorridas na sociedade, como por exemplo, a antiga lei de tóxicos (Lei nº 6.368/1976) previa em seu artigo 16 que o usuário de drogas era criminoso, já a atual lei (Lei nº 11.343/2006) não comina pena de detenção ou reclusão ao crime de porte de entorpecentes, levando a doutrina e a jurisprudência discutirem se realmente ocorreu a descriminalização do porte de drogas pelo usuário e dependente.

Por sua vez, o segundo capítulo trata sobre a discussão chave do presente trabalho, que é se houve a descriminalização ou a despenalização do porte de drogas para o consumo próprio e quais foram os reflexos práticos que advêm da aplicação de penas alternativas aplicadas a figura do usuário, visto que punir o

usuário de forma que ele pague o crime com a sua liberdade já não é mais previsto no texto legal e agora outras penas mais brandas são aplicadas.

O terceiro capítulo, por fim, vem tratando da forma como o Estado tenta ressocializar e prevenir que o usuário volte a fazer uso de drogas observando o dispositivo legal que trata das atividades destinadas aos usuários, bem como explica se essas atividades são obrigatórias ou se o usuário tem o livre arbítrio para dizer se quer ou não cumprir as penas alternativas que para ele é imposta e o que acontece se ele não aceitar o cumprimento da sua pena.

CAPÍTULO I. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE ÀS DROGAS

O homem ao longo da sua história sempre buscou aperfeiçoar suas atividades em todas as áreas da sua vida, seja no trabalho, aprimorando as ferramentas para um melhor desempenho das suas atividades tanto na agricultura como na caça, ou, seja na parte que diz respeito à saúde, onde o homem sempre manipulou os produtos ofertados pela natureza para poder obter a cura de algumas mazelas.

Nesta constante observância de quais produtos serviam para restaurar a saúde, o homem também teve acesso a várias plantas que também faziam com que o seu consumo fizesse a pessoa ter sintomas de alucinação e depressão, por exemplo. Uma planta bastante popular no mundo inteiro, que é a *Cannabis sativa*, conhecida popularmente como maconha, foi uma dessas plantas. O ópio também, assim como o álcool e muitas outras drogas.

É um fato histórico o consumo de drogas por diversas civilizações. Cada povo utilizava as drogas para diversas finalidades, seja para cultuar seus deuses, seja para servir em festas, para sentir pura excitação, para aumentar o rigor físico, remédios para a cura das doenças. A história das drogas é bem remota e, muitas vezes, confunde-se com a própria história da existência do homem, já que as drogas vêm acompanhando o homem desde os tempos mais remotos, seja de forma natural sem intervenção do homem, com, por exemplo, a maconha que é uma planta, ou até mesmo drogas feitas através da manipulação do homem, como as bebidas alcoólicas com destaque para o vinho com sendo uma das primeiras bebidas desenvolvido pelo homem.

Como o homem vai evoluindo, as drogas, por sua vez, também vão seguindo essa evolução, já que o homem é uma máquina extraordinária dotada de uma grande inteligência e criatividade e com isso sempre vem inovando em todas as áreas da vida e na parte das drogas não seria diferente.

O art. 1º da Lei de Drogas traz em seu parágrafo único o que seria uma ideia de conceito de drogas ao dizer que para fins da Lei de Drogas, 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.

A Lei nº 11.343/06 passa a adotar uma terminologia diversa das utilizadas pelas Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02. No lugar de substância entorpecente, utiliza o vocábulo droga.

Drogas, de acordo com o conceito legal, são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União. Trata-se, portanto, de uma normal penal em branco. Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas no art. 33 ao 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (GOMES, L. F. coord., 2014, p.33)

Segundo a definição da Organização Mundial de Saúde – OMS, de 1981, que é utilizada até os dias atuais, droga é qualquer substância que, não sendo produzida pelo organismo, tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento.

A questão principal em relação às drogas não é a sua dualidade (boa ou má), mas sim, qual o tipo da relação que o indivíduo pode estabelecer com ela. Pois, existem substâncias que são usadas, com a finalidade de produzir efeitos benéficos (como o tratamento de doenças), que são aquelas utilizadas de forma medicamentosa. Entretanto, se esses mesmos medicamentos forem utilizados de forma inadequada, podem acarretar em graves malefícios à saúde.

1.1 Ordenação das Filipinas

Tendo sua parte criminal sido aplicada em território brasileiro por mais de dois séculos, vindo a ser substituída apenas quando da promulgação do Código Criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830, as Ordenações Filipinas demonstravam preocupação acerca da posse, do comércio e da importação de certas substâncias.

O título LXXXIX da respectiva codificação determinava que:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamoneá,

nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

1.2 Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império promulgado em 1830 fundamentava-se em preceitos iluministas, tendo sofrido influência por parte do projeto Mello Freire, encomendado por D. Maria I para reformular as Ordenações Filipinas, e pelo projeto de Código Penal elaborado por Edward Livingston, em 1825, para o Estado de Louisiana.

Apesar de o Código Penal em análise não tratar da questão relativa às drogas em seu texto, o regulamento de 29 de setembro de 1851 que tratava da junta de *hygiene publica* abordava o assunto ao regular a venda de substâncias e medicamentos e ao tratar de política sanitária no seu art. 71, quando falava que:

Art. 71. Sem autorização especial he prohibida a venda de remedios, cuja composição for desconhecida; assim como o fazerem-se annuncios por meio de jornaes, periodicos, ou cartazes de taes remedios, ou de machinas e instrumentos como tendo virtudes especificas para certas e determinadas molestias.

1.3 Código Penal do 1890

O Código Penal de 1890, em seu artigo 159, inserido no Capítulo III, que tratava dos crimes contra a saúde pública, do Título III, o qual se referia aos crimes contra a tranqüilidade pública, abordava a questão relativa às drogas ao dispor o seguinte: Art. 159. Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$ a 500\$.

Na tentativa de efetivar o combate ao crescente uso de "substâncias venenosas" no país, editou-se em julho de 1921, sob a inspiração da Convenção de Haia de 1912, o Decreto nº 4.294, regulamentado pelo Decreto nº 14.969.

Os dispositivos em comento abordavam não apenas aspectos criminais, como a cominação de pena de 1 a 4 (quatro) anos para as infrações de venda e uso de entorpecentes, mas também medidas relativas ao controle do comércio, necessidade de prescrição médica e normas de registro.

Editado em 11 de janeiro de 1932, o Decreto nº 20.930 passou a utilizar a expressão "substâncias tóxicas" para englobar entorpecentes como o ópio, a cocaína e a maconha, além de atribuir ao Departamento Nacional de Saúde a função de classificar as substâncias capazes de alterar comportamentos.

1.4 Código Penal de 1940

Seu artigo 281, sob o *nomen iuris* "Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente", inserido no capítulo referente aos "Crimes contra a saúde pública", tipificava as seguintes condutas:

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 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.

Este código foi a primeira norma brasileira referente às drogas que não criminalizou o usuário com pena privativa de liberdade. Vemos aqui uma gloriosa mudança no tratamento dado ao usuário, onde podemos dizer que foi o pontapé inicial para as futuras mudanças na legislação pátria referente a aplicação da pena dada tanto para o usuário quanto para o traficante.

1.5 Lei nº 5.726 de 1971

Significativa modificação, principalmente no que concerne à política de combate ao tráfico e uso de entorpecentes, fora realizada pela Lei nº. 5.726, de outubro de 1971, que apresentava medidas preventivas e repressivas às condutas de mercancia e posse de substâncias psicotrópicas, além da alteração do rito processual para o julgamento de tais delitos. O art. 281 da referida Lei diz:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

- I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;
- II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;
- III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;
- IV - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Redação dada pela Lei nº 5.726/1971).

1.6 Lei nº 6.368 de 1976

Com a entrada em vigor da Lei nº 6.368 no ano de 1976 restou revogada a Lei nº 5.726/1971, exceto o seu artigo 22, que regulava o procedimento sumário de expulsão de estrangeiro que tivesse praticado crime de tráfico de entorpecentes.

O novo diploma legal, dando seguimento a orientação determinada pela Lei nº 5.726/1971, separava em artigos distintos as condutas de tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 12) e de posse para uso próprio (artigo 16). Porém, nesta lei o usuário também era considerado como criminoso, sendo cominada pena de detenção, de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 a 50 dias-multa.

1.7 Lei nº 11.343 de 2006

A nova Lei de Drogas veio inovando em diferentes pontos em relação às leis anteriores. Por exemplo, a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD – agora é o encarregado da manutenção das atividades relacionadas com a prevenção do uso de drogas e a repressão do tráfico. *In verbis* da própria Lei:

- Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:
- I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
 - II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Outra inovação, foi ter tirado a pena de prisão para o usuário, que agora sofre apenas outras medidas alternativas como forma de punição e que será discutido no decorrer do presente trabalho.

1.8 O artigo 28 da Lei de Drogas

O artigo 28 da Lei de Drogas trata da figura do usuário especificando no tipo penal as condutas que fazem com que uma pessoa seja considerada usuário e as penas cominadas. O artigo diz em sua literalidade que:

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.

São cinco os verbos presentes no tipo, que é adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. Luiz Flávio Gomes conceitua as cinco condutas previstas no artigo 28 desta forma:

Adquirir significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. Não importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, pagamento em dinheiro, em cheque etc. *Guardar* exprime a conduta de ocultar, ter a droga escondida, não revelar a sua posse publicamente. A clandestinidade é a característica marcante do verbo “guardar”. *Ter em depósito* alcança a conduta de manter drogas sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público. Não importa o local do depósito. *Transportar* expressa a ideia de deslocamento, de um local para outro. O transporte é para uso pessoal, do contrário incide o artigo 33 da Nova Lei de Drogas. Importa saber o animus do agente, ou seja, se faz o transporte para depois consumir a droga ou se o faz para terceiros, o que o juiz concluirá com o auxílio dos critérios previstos no art. 28, §2º, da Lei de Drogas. *Trazer consigo* é a mesma coisa que portar a droga. Fundamental sempre é a disponibilidade de acesso, de uso. Não importa o local em que o agente traz consigo (no bolso, na carteira, na mala, na mochila, no porta-luvas do carro etc.)

A Lei nº 6.386/76 apenas incluía em sua redação três condutas para o usuário, que era adquirir, guardar e trazer a droga consigo. Então como podemos observar, foram englobadas mais duas condutas, que é ter em depósito e transportar. Outra mudança foi abolir a pena de detenção para o usuário e aplicar penas alternativas.

Um grande problema acerca do tema é distinguir o usuário do traficante, sendo uma linha muito tênue, onde é necessário observar cada caso concreto para o julgador poder decidir em qual situação o agente delituoso se encontra, se é tido como um mero usuário e sendo assim aplicado o artigo 28, ou se a pessoa que estava com a droga trata-se na verdade de um traficante e para ela será aplicada o

artigo 33, porém, o legislador ao criar a norma deixou a situação muito abstrata, o que causa muitas decisões totalmente diferentes dos julgadores, mesmo porque uma pessoa que for pega com uma quantidade exagerada de drogas pode alegar que está com aquela quantidade para o seu uso pessoal, mas o julgador ao analisar todas as circunstâncias pode enquadrar o agente como sendo um traficante, mesmo que não exista nada além da quantidade de drogas para conduzir o indivíduo para o artigo 33. O legislador ao criar a Lei de Drogas tentou explicar como se determina se a droga é para consumo pessoal ou para a atividade de traficância.

O art. 28, §2º da atual Lei de Drogas, explica quais os requisitos que podem caracterizar uma pessoa como sendo usuário de drogas. O §2º do art. 28 da Lei de Drogas, diz que:

Art. 28, §2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Podemos ver um exemplo deste artigo na decisão proferida pela 4ª Câmara Criminal do TJ-MG. Vejamos:

PENAL - PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL - PENA - ALTERAÇÃO DA MEDIDA APLICADA - INVIABILIDADE. - No delito de porte de drogas para consumo pessoal, a fixação das penas deve considerar a natureza e a quantidade da substância apreendida, bem como a personalidade e a conduta social do agente, nos moldes do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº. 11.343 /06. (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 10447140006670001, relator Júlio Cezar Gutierrez, julgamento 27/05/2015).

A atual Lei de Drogas não aplica pena de prisão para o usuário, desconsiderando o fato como criminoso (em sentido estrito). Daí vem a discussão se houve a descriminalização do tipo. Na verdade, o que houve foi uma descriminalização “formal”, porém, sem a concomitante legalização. O artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/1976 foi apenas formalmente descriminalizado, mas a posse da droga não foi legalizada. (GOMES, L. F. coord., 2014, p. 143).

Apesar de não haver mais a pena de prisão para o usuário, ainda pode ser aplicadas penas alternativas que serão impostas pelos Juizados Criminais. Pretende a Lei nova que o usuário nem sequer passe pela Delegacia de Polícia. Deve ser encaminhado direto para os Juizados, porém, onde inexistente plantão, o caso será levado para a polícia, que elaborará o termo circunstanciado respectivo. Mas jamais será imposta a prisão em flagrante. Desapareceu o flagrante em caso de usuário. O

termo circunstanciado será enviado aos Juizados, onde pode acontecer a transação penal, caso o agente manifeste concordância. Não havendo transação, inicia-se o procedimento sumaríssimo dos Juizados.

O crime descrito no artigo 28 só pode ocorrer mediante uma conduta dolosa, sendo atípica a forma culposa. O agente precisa ter entendimento de que está praticando alguma das figuras do tipo. Por exemplo, se o agente está em posse da droga e é abordado pela autoridade policial, mas desconhece aquele produto como sendo ilícito, no caso de, equivocadamente, ele confundir a flor da maconha com alguma outra planta que possui bastante semelhança, estaria o agente agindo em erro de tipo, afastando o caráter doloso da conduta do agente, logo excluindo a tipicidade, o que descaracteriza o crime.

Além do dolo, o agente deve ter como finalidade o consumo pessoal da droga, não podendo oferecer ela para terceiros o que já sairia dos parâmetros do art. 28 e migraria para o art. 33.

O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública. De forma mediata, o bem jurídico são a vida, a saúde e a integridade física do agente. É neste ponto que tiveram discussões recentes no Supremo Tribunal Federal, onde se discutiu a constitucionalidade do art. 28 aplicada ao usuário, onde foi indagado se o referido artigo não feria o direito de personalidade, haja vista a pessoa que faz uso da droga tem o direito de fazer o que bem entender com o seu corpo e a sua saúde, sendo abusiva a vigência de uma lei que pune o usuário mesmo que de forma mais branda com a aplicação de penas alternativas.

O art. 5º, X da Constituição Federal diz que, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sendo a vida privada inviolável é bastante pertinente discutir se é necessário punir o usuário de drogas, pois seria mais viável para essas pessoas a oferta de tratamento para curar o vício. As drogas possuem um alto poder de dependência, onde a pessoa que faz uso dessas substâncias torna-se escravo delas e sempre irão a busca da sustentação do vício.

Sabemos que o acesso às drogas é de uma facilidade tremenda, facilitando o comércio ilegal, sem fazer escolha de clientes, podendo uma criança, um idoso, um negro, um branco, um rico, um pobre, quem quer que seja virar usuário. Então por

mais que seja aplicada as penas do artigo 28, o vício do agente não acabará e ele sempre vai procurar alimentar essa sua vontade de consumir drogas.

Outro ponto de enorme discussão doutrinária é se o princípio da insignificância se aplica ao dispositivo do artigo 28. Este princípio está baseado no fato do Direito não intervir em situações que não demonstre periculosidade exagerada e que não cause lesões mínimas ao direito tutelado.

Em uma situação onde o agente é surpreendido pela autoridade policial e com ele seja encontrado um cigarro de maconha, por exemplo, ou até mesmo uma pequena pedra de crack, seria possível a aplicação do princípio da insignificância?

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) afasta a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no delito de posse de drogas, tendo em vista que a pequena quantidade de droga faz parte da essência do crime e por se tratar de um crime de perigo abstrato que descreve apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto resta indiscutível o entendimento do referido princípio.

Para Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro da 5.^a Turma do STJ, “a posse ou guarda de pequena quantidade de substância entorpecente não afasta o perigo à coletividade e à saúde pública, sendo indiferente a quantidade de droga apreendida, já que esta é circunstância da própria essência do delito”. O Ministro Og Fernandes, também ministro do STJ, asseverou que “a utilização de drogas constitui situação de perigo e dano à sociedade, seja pela propagação do vício, seja pela indução à prática de outros delitos, evidenciando-se a existência de lesividade da conduta”.

Vejamos um julgado do STJ e como esta Corte se posiciona a respeito do tema trabalhado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343 /06). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343 /06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância. 2. Recurso desprovido. (STJ, 6.^a Turma, RHC 34466 DF 2012/0247691-9, relator Og Fernandes, julgamento 27/05/2013).

Percebemos que o que faz com que o princípio da bagatela não seja aplicado nesses casos não é a quantidade de droga que é encontrada com o usuário,

podendo ser uma mera “bituca” de cigarro de maconha, mas a ideia de não impedir que uma sanção seja aplicada ao usuário, haja vista, o uso contínuo das drogas pode levar ao vício e assim o usuário pode começar a cometer delitos maiores para sustentar o vício como crimes contra o patrimônio, onde a sociedade será atingida diretamente sofrendo com as ações delitivas dos usuários, que na maioria das vezes começam a roubar para ter dinheiro ou até mesmo trocar os objetos subtraídos por drogas.

CAPÍTULO II. DISCUSSÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 28

2.1 Advertências sobre os Efeitos das Drogas

Uma das consequências da Lei nº 11.343/06, nova Lei de Drogas, em relação ao usuário é o abrandamento do rigor punitivo das condutas anotadas em seu artigo 28, *caput* e § 1º. Uma das manifestações explícitas desse abrandamento é, justamente, a pena de advertência, inovação do diploma legal em comento. Aquele que incidir em qualquer das condutas incriminadas pelo artigo 28, *caput* e pelo seu parágrafo § 1º, dentre outras possibilidades, poderá ser submetido à pena de advertência.

Essa espécie de pena consiste em o juiz esclarecer ao usuário as consequências maléficas que podem advir do uso indevido de drogas, tanto para ele usuário, quanto para a sociedade como um todo, considerando que o objeto jurídico tutelado pela nova Lei de Drogas é a saúde pública de forma imediata. Consiste em uma tentativa de desestimular o uso esclarecendo ao usuário os malefícios provocados por esta conduta.

Luiz Flávio Gomes *et al.*, sobre a pena de advertência preleciona que:

A lei fala em advertência sobre os efeitos das drogas. Não se trata de uma advertência por razões moralistas, religiosas, etc. A razão da advertência é jurídica: cuida-se de uma sanção legal. De outro lado, deve-se abordar os efeitos deletérios da droga (para o próprio usuário, para sua família, etc.). (GOMES *et al.*, 2007, p. 154)

Renato Marcão, em suas lições sobre a pena de advertência, apesar de não especificar o sentido jurídico da advertência, como o faz os autores supracitados manifestam-se do seguinte modo:

A pena de advertência tem por finalidade avivar, revigorar e, em alguns casos, inculcar, na mente daquele que incidiu em qualquer das condutas do art. 28, as consequências danosas que o uso de drogas proporciona à sua própria saúde; ao seu conceito e estima social; à estabilidade e harmonia familiar; à comunhão social, buscando despertar valores aptos a ensejar contra-estímulo ao estímulo de consumir drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (MARCÃO, 2007, p. 66)

Como toda inovação, a cominação da pena de advertência não está isenta de crítica. Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, ao

explicarem em que consiste a pena de advertência, ao final fazem sua crítica. Assim expõem:

A pena de advertência sobre os efeitos das drogas é inovação em nosso ordenamento jurídico e, apesar da omissão legislativa, consiste em o magistrado esclarecer ao agente as consequências maléficas das drogas em relação à saúde particular e também à saúde pública.

(...) Porém, não obstante a Constituição Federal autorize, em seu art. 5º, XLVI, o legislador a criar penas diversas da privativa de liberdade, a advertência não pode se enquadrar no conceito de pena.

Realmente, esta possui dupla finalidade, repressiva e preventiva. (...) Veja que nenhuma destas finalidades está presente na “pena” de advertência.

(...). Que o poder constituinte delegou ao legislador o permissivo de criar outras penas não privativas de liberdade, isto não se discute. Porém, o legislador, ao cumprir o mandamento constitucional, não poderia deixar de observar, ao menos minimamente, o que se considera pena, sob pena de trair a delegação constitucional. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, pp. 48/49)

Apesar dessa crítica dos autores Mendonça e Carvalho, acima citados, a consequência aplicada àqueles que incidem na prática das condutas descritas no artigo 28 consistente em advertência sobre os efeitos das drogas, é sim uma espécie de pena.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, entende que a advertência é pena e em breve análise aduz que:

O juiz deve designar audiência específica para tanto, nos moldes da audiência admonitória de concessão de sursis, para que, formalmente, o réu seja advertido (avisado, censurado levemente) sobre os efeitos negativos da droga em relação à sua saúde e à de terceiros. Parece-nos fundamental que a advertência, cuja natureza jurídica é de pena, seja reduzida a termo e assinada pelo magistrado, pelo réu, seu defensor e pelo representante do Ministério Público. Aliás, constituindo *pena*, pode gerar, no futuro, reincidência (art. 63, CP), não podendo mais, sob pena de consagração da impunidade, o magistrado aplicar outra advertência, mas partir para medidas mais eficientes, como a restrição a direitos. (NUCCI, 2006, p. 757)

2.2 Prestação de Serviços a Comunidade

A segunda espécie de pena cominada pelo artigo 28 da nova Lei de Drogas àquele que incidir nas condutas típicas é a prestação de serviços à comunidade, estabelecida no § 5º do citado dispositivo, conforme abaixo transcrito:

Art. 28 (...)

§ 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. (BRASIL, 2006)

Esta espécie de pena restritiva de direitos consiste, basicamente, em se impor ao usuário a tarefa de prestação de serviços de forma gratuita a determinadas entidades, principalmente, àquelas que tenham por objetivo a prevenção do uso indevido de drogas e o tratamento de usuários e dependentes.

A previsão da pena de prestação de serviços à comunidade não caracteriza uma inovação promovida pela lei, pois, é uma pena comum no ordenamento jurídico-penal brasileiro. O Código Penal estabelece, em seus artigos 32 e 43, que uma das espécies de penas restritivas de direitos é a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas. Os artigos citados assim dispõem:

Art. 32. As penas são:

I – privativas de liberdade;

II – restritivas de direitos;

III - de multa.

(...)

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – *(vetado)*

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940)

A Lei nº 11.343/06, ao cominar penas restritivas de direitos ao usuário o fez de forma a conferir-lhe certas peculiaridades.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci em suas lições acerca da prestação de serviços à comunidade esclarece que devem ser seguidas as orientações gerais do Código Penal, mas, sem ignorar as particularidades impostas pela Lei nº 11.343/06. Em seu magistério ministra que:

(...) respeitam-se as regras gerais estabelecidas no Código Penal (art.46), observadas as peculiaridades trazidas por esta Lei. Ilustrando: a) a prestação de serviços à comunidade, no Código Penal, somente pode ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, quando esta atingir montante superior a seis meses; no caso da Lei nº 11.343/2006, constitui pena totalmente independente, com prazo próprio, variando de um dia a cinco meses. (o art. 28, §3º, fixou o máximo; o mínimo advém da impossibilidade de haver pena em horas, conforme art. 11 do CP); b) as tarefas gratuitas, no Código Penal, destinam-se a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais; na Lei nº 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade deve voltar-se, preferencialmente, à prevenção ao consumo e à recuperação do usuário e dependente de drogas; c) no Código Penal, o descumprimento da prestação de serviços à comunidade implica na sua conversão em pena privativa de liberdade, pelo remanescente do

tempo não cumprido, respeitado o mínimo de trinta dias; na Lei nº 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade, quando não cumprida, sujeitará o sentenciado à admoestação verbal e/ou à aplicação de uma multa; d) a prestação de serviços à comunidade, no Código Penal, em relação à prescrição, tem o mesmo prazo da pena privativa de liberdade que substituiu; na Lei nº 11.343/2006, as penas prescrevem em dois anos. No mais, parece-nos que se pode aplicar o disposto no código Penal, vale dizer, o condenado a cumprirá à razão de uma hora-tarefa por dia de condenação, num total de sete horas por semana, ajustando-se a maneira de executá-la de acordo com a conveniência do trabalho regular do condenado (art. 46, § 3º, CP). (NUCCI, 2006, p. 758)

Desta forma, a inovação fica a cargo não da espécie de pena, mas, do crime ao qual se cominou essa pena, qual seja, o uso de drogas, que, na legislação anterior era punido com mais rigor, vez que lhe era cominada pena privativa de liberdade.

Luiz Flávio Gomes *et al.*, a respeito da prestação de serviços à comunidade tece importantes observações, apesar de considerar, conforme já dito, que se trata de uma medida alternativa e não de uma pena:

A prestação de serviços à comunidade é totalmente incompatível em relação ao agente preso. Quem está preso não pode cumprir essa medida. Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. As tarefas inerentes a essa medida devem ser atribuídas conforme as aptidões desse condenado (art. 46, § 3º, do CP). Não pode o juiz fixar uma determinada prestação que não condiz, de forma alguma, com o que o agente tem conhecimento ou habilidade. É preciso haver razoabilidade na medida. De outro lado, jamais pode a tarefa atribuída ser ofensiva à dignidade da pessoa (princípio da proibição da pena indigna). (GOMES *et al.*, 2007, p. 165)

2.3 Medida Educativa de Comparecimento a Programa ou Curso Educativo

A medida de comparecimento a programa ou curso educativo é outra espécie de pena restritiva de direito imposta ao usuário pela nova Lei de Tóxicos. Tal como a advertência, não houve quanto a esta terceira espécie de pena, detalhamento legal acerca de seu cumprimento. Desta forma, fica a cargo da prática processual e dos doutrinadores uma definição mais detalhada, conforme se verá a seguir.

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, sob esta pena, assim expõem:

Por esta pena o condenado deverá comparecer perante programa predeterminado pelo juízo, para que, durante algum lapso de tempo, seja orientado por profissionais das mais diversas áreas. Veja que, diversamente da pena de advertência, aqui o condenado tem o dever de comparecer em programa predeterminado, demonstrando, ao menos minimamente, o

caráter retributivo e preventivo que se espera de uma pena. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 50)

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ao dispor quanto a esta espécie de pena faz a sua crítica:

(...) cuida-se de pena inédita, não constante do Código Penal, mas também sem ter sido detalhadamente regulada pela Lei nº 11.343/2006, o que foi, naturalmente, um equívoco. Não se mencionou a forma da obrigação de comparecimento a programa ou curso educativo. Por isso, a única maneira de se evitar lesão ao princípio da legalidade, porém buscando-se *salvar* a pena criada, parece-nos que se deva fazer uma analogia com a prestação de serviços à comunidade. (NUCCI, 2006, p. 758)

De outra via, o Promotor Renato Marcão teceu elogios a esta terceira espécie de pena restritiva de direitos, estabelecida pela Lei nº 11.343/06 conforme abaixo transcrito:

A pena de comparecimento a programa ou curso educativo atende fielmente à política de redução de danos adotada na nova Lei Antitóxica. É indubitoso que o programa ou curso educativo a que se refere a lei diz respeito ao tema drogas. Portanto, programas ou cursos voltados à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. (MARCÃO, 2007, p. 28)

O artigo 28, além de prever todas as condutas típicas que caracterizam o uso indevido de drogas e as penas cominadas a essas condutas, prevê também que qualquer das espécies de penas que forem aplicadas terá a duração máxima de 5 meses, excetuando-se, obviamente, a pena de advertência, cuja execução é instantânea, ou seja, se esvai na sua própria aplicação.

O parágrafo 3º do artigo 28 dispõe que “As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.” A esse respeito e apesar de considerar as penas previstas no artigo 28 como medidas alternativas, esclarece Luiz Flávio Gomes *et al.* que “(...) o juiz como se vê, conta com uma margem de atuação: a pena máxima é de cinco meses (logo, pode a medida ser fixada em um mês, dois meses etc.). Não pode passar, entretanto, de cinco meses (...)” (GOMES *et al.*, 2007, p. 163).

Cumprе ressaltar, conforme o fazem Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, que, quanto à duração da prestação de serviços e da medida de comparecimento a curso ou programa educativo:

(...) apesar de a Lei ter fixado o prazo de duração da prestação de serviços à comunidade e da medida de comparecimento a programa educativo, não estabeleceu a quantidade de horas que deverão ser cumpridas pelo

sentenciado neste período. Apesar da omissão da Lei Especial, isto não inviabilizará a aplicação destas penas, pois incide, em razão do art. 46, § 3º, do CP. Assim, “a pena será fixada à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.” (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 51)

2.4 Reincidência do Usuário

Já em casos de reincidência, a previsão do artigo 28 é de que a pena será aumentada até o prazo máximo de 10 meses. Assim dispõe o parágrafo 4º do artigo 28: “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.”

Existe uma polêmica acerca da reincidência: discute-se se para fins de aplicação do § 4º da Lei de Drogas, a reincidência teria de ser a específica ou poderia ser reincidência na prática de qualquer outro crime. Apesar de não ser objeto de estudo deste trabalho, é relevante dar a notícia da cizânia doutrinária existente a esse respeito, para o que serão transcritas as opiniões de alguns autores.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes *et al.*, em suas lições acerca da reincidência entende que:

(...) a palavra reincidente utilizada neste § 4.º não tem correspondência com o sentido técnico do Código Penal. Significa, tão-somente, reincidir (incidir novamente) na infração do art. 28 (ou seja: ser surpreendido novamente como usuário). *Reincidência específica do § 4.º*: a reincidência específica referida neste § 4.º só pode ser a específica, ou seja, reincidência no art. 28. O sujeito foi previamente condenado definitivamente pelo artigo 28 (ou pelo antigo art. 16 da Lei 6.368/76), ou aceitou transação penal por este fato, e depois vem a praticar alguma conduta contemplada no mesmo art. 28da nova Lei. Ou seja, trata-se de um “usuário” reincidente. Para ele as penas do art. 28 serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses. (GOMES *et al.*, 2007, pp. 163/164).

Devemos entender como reincidente o agente que é pego outra vez praticando o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, tendo nenhuma importância se ele é reincidente em crime diverso. Nesse mesmo sentido é o entendimento do Promotor Renato Marcão quando ele diz que embora a lei não diga de forma expressa, somente a *reincidência específica* autoriza a exasperação regulada no § 4º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. (MARCÃO, 2007, pp. 67/68).

Em sentido contrário posiciona-se o Promotor Fernando Capez, ao aduzir que:

Estaria a lei se referindo ao reincidente específico? Para Luiz Flávio Gomes (...) sim, a Lei somente estaria se referindo ao reincidente específico no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006. Não é o nosso entendimento. Para nós, a lei não estabeleceu essa exigência, apenas mencionado genericamente os reincidentes. Desse modo, entendemos, respeitado o entendimento contrário, que qualquer forma de reincidência torna incidente o § 4º do art. 28. Do contrário, a legislação estaria punindo com mais rigor o reincidente em detenção de droga para fins de uso, do que o infrator que tivesse condenação anterior por crimes mais graves, o que violaria o princípio constitucional da proporcionalidade. (CAPEZ, 2007, p. 691)

O artigo 28 cuidou de estabelecer para as hipóteses de descumprimento das penas impostas, norma específica de garantia. Como não mais é cominada pena privativa de liberdade ao usuário, o descumprimento das penas aplicadas não pode acarretar a conversão em pena privativa de liberdade como ocorre segundo as disposições do Código Penal.

A Lei nº 11.343/06, então, estabeleceu que em caso de descumprimento de qualquer das penas aplicadas será o condenado submetido a admoestação verbal e multa, nessa ordem. O parágrafo 6º assim dispõe:

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. (BRASIL, 2006)

As sanções previstas no citado parágrafo devem ser impostas sucessivamente de modo que faz-se primeiro a admoestação verbal e, não surtindo efeito, ou seja, persistindo a relutância do condenado, passa-se à aplicação de multa.

A imposição dessas sanções penais de garantia justifica-se apenas em caso de descumprimento injustificado da pena aplicada, qualquer que seja ela dentre as previstas pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a esse respeito aduz que:

(...) eventualmente, o condenado pode rejeitar a aplicação de advertência, prestação de serviços à comunidade ou frequência obrigatória a curso ou programa, desde que apresente justificativa válida. São situações viáveis, como ilustração, para a recusa justificada: a) a advertência feita pelo juiz é ríspida e grosseira, humilhando o sentenciado. Dessa forma, pode retirar-se da audiência, lavrando-se o protesto no termo, por meio do seu advogado; b) a prestação de serviços à comunidade deve ser cumprida em lugar onde o condenado exerce as suas atividades profissionais normais, o que lhe representa uma forma de humilhação; c) a frequência a cursos ou programas pode referir-se a uma situação improvisada, totalmente alheia ao

tema tóxico. Em suma, o importante é oferecer motivos plausíveis para que o juiz substitua uma pena por outra. (NUCCI, 2006, p. 760)

A admoestação verbal consiste em uma censura feita pelo juiz ao condenado, oralmente, acerca do descumprimento da pena imposta e das consequências que esse descumprimento pode acarretar ao usuário. Renato Marcão explica que:

A admoestação verbal consiste em uma repreensão oral a respeito da necessidade de o agente se submeter ao título executivo que decorre da sentença condenatória ou da decisão que homologou transação penal. Deve ser feita pelo próprio juiz (...). Trata-se de função jurisdicional (...). (MARCÃO, 2007, p. 70)

A pena de multa, por sua vez, consiste na imposição de um valor em pecúnia a ser pago pelo condenado em razão do descumprimento da pena inicialmente imposta. Sua finalidade, bem como a da admoestação verbal, é a de fazer com que o condenado cumpra a pena que lhe foi originariamente imposta.

O artigo 29 da Lei nº 11.343/06 fixa os parâmetros específicos para a aplicação da pena de multa prevista pela Lei de Drogas, cujos valores são revertidos ao Fundo Nacional Antidrogas. Tal artigo dispõe nos seguintes termos:

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas. (BRASIL, 2006)

2.5 Despenalização do Artigo 28

A Lei nº 11.343/06, mais conhecida como a atual Lei de Tóxicos, trouxe mudanças de grande importância para tratar da figura do usuário de entorpecentes. A mudança mais significativa foi a despenalização da conduta, onde foi extinta a pena privativa de liberdade e dado como opções de sanções outras penas alternativas, mais brandas. Vejamos a redação do artigo 16 da Lei nº 6.368/76 e o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fazermos um estudo comparado dessas mudanças:

Primeiro a redação do artigo 16 da Lei nº 6.368/76 dizia que:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Agora vejamos o artigo 28, *caput*, da atual Lei de Tóxicos e seus incisos:

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.

Podemos ver que no art. 16 da antiga lei, o usuário estava sujeito a uma pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa, que foi abolido do texto da atual lei onde as penas se resumem a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Outro ponto inovador trazido pela Lei nº 11.343/06 foi em relação ao plantio de semente ou planta voltada para a preparação de substância entorpecente visando o consumo pessoal que está escrito no §1º do art. 28. Antes do advento da nova Lei de Drogas não havia previsão legal para este tipo de conduta, somente era previsto o plantio para fins de traficância. Ao se deparar com tais situações, três opções eram postas diante do julgador. A primeira era equiparar o fato ao uso; a segunda era enquadrar no tipo de tráfico; a terceira e última era entender pela atipicidade do fato (CAPEZ, 2006, p. 70).

Fernando Capez entendia que “o plantio para o uso próprio não estava previsto em lugar nenhum, nem como figura equiparada ao art.12, nem como figura analógica ao art. 16: tratava-se de fato atípico (CAPEZ, 2006, p. 71)

A partir da Lei nº 11.343/06 não há mais que se falar em crime de tráfico diante do caso sob comento, semear (espalhar semente para que germinem); cultivar (propiciar condições para o desenvolvimento da planta); colher (recolher o que a planta produz) são as condutas equiparadas à do usuário descritas no *caput* do artigo 28. (NUCCI, 2006, pp. 758-759)

O termo drogas não constitui elementos normativos do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do juiz (NUCCI, 2006, p. 755). Tal complemento é dado pela

lista de drogas expedida pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que é vinculada ao Ministério da Saúde.

Porém, pode-se afirmar que a principal modificação promovida pela Lei nº 11.343/2006 foi a consolidação de uma política criminal que vem sendo defendida pela moderna criminologia em relação ao usuário, a adoção da política de redução de danos, excluindo a possibilidade de cominação de pena de privação de liberdade ao sujeito que comete o fato típico.

Parece que, temendo a reação social à eventual descriminalização da conduta do consumidor, o legislador preferiu eliminar a pena privativa de liberdade, optando por outras formas de sanções extremamente brandas (NUCCI, 2006, p. 756).

Tal modificação no tratamento despendido ao usuário passa por uma mudança paradigmática em relação à posição do sujeito frente ao direito penal. Deixa o usuário de ser visto como objeto do processo de ressocialização (hoje desacreditado), e passa a ser tratado como sujeito de direitos, resguardando-se sua esfera de liberdade, de autodeterminação, dentro da qual a ingerência estatal nada mais é que violação de garantia fundamental. (NUCCI, 2006, p.756).

Em relação à Lei Penal no tempo, Guilherme de Souza Nucci observa que:

[...] o crime de consumo de drogas para uso pessoal (atual art. 28) tem perfil evidentemente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei 6.368/76. Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Portanto, entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no art. 16, que sejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. (NUCCI, 2006, p. 757).

Antes mesmo do advento da Lei nº 11.343/2006 já vinha se desenhando uma nova tendência de enfrentamento dos chamados crimes de menor potencial ofensivo dentre os quais se inseria a figura típica do usuário de substâncias entorpecentes. Inseria-se, pois, segundo Guilherme de Souza Nucci, ora deve ser considerado de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art.28 da Lei, tendo em vista que, “mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada a pena privativa de liberdade”. (NUCCI, 2006. p.755).

Toda polêmica em torno da alteração das penas aplicáveis àquele que incidir nas práticas das condutas incriminadas pelo artigo 28, promovida pela Lei nº

11.343/06, refere-se ao fato de que esta lei não mais comina pena privativa de liberdade ao usuário. Há quem defenda que, em razão disso, houve descriminalização do uso de drogas, ou seja, houve *abolitio criminis*, e há, também, quem defenda que não ocorreu *abolitio criminis*, mas apenas descriminalização.

Também há críticas no sentido de compreender se as consequências previstas para a prática das condutas tipificadas no artigo 28 da Lei 11.343/06 configuram penas ou medidas. Essa discussão assenta-se, primeiro, no abrandamento do rigor punitivo conferido ao usuário com a previsão de novas espécies de pena e, segundo, no fato de que o parágrafo 1º do artigo 28 faz menção a medidas e o parágrafo 6º a medidas educativas, sendo que nenhum deles se refere a penas.

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho explicam a origem dessa discussão:

Importante verificar que a redação inicial do projeto sequer chamava essas sanções de pena, mas sim de “medidas educativas”. De última hora o texto foi modificado na Câmara dos Deputados para se alterar a expressão “medidas educativas” por “penas”. A redação foi modificada porque se temia que a utilização da expressão “medida educativa” pudesse ser considerada como a descriminalização da conduta do crime de porte da droga para consumo próprio, o que poderia encontrar grande resistência daqueles favoráveis à continuidade da criminalização da conduta, incrementando as chances de que o dispositivo fosse vetado. Cumpre anotar, porém, que o Senado Federal, ao retomar a redação original de alguns parágrafos deste artigo, novamente se utilizou do termo “medidas educativas” no § 6º, com isso contribuindo para a discórdia que por certo reinará em torno da natureza das sanções para o crime de porte para uso. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 47)

Relativamente a esta discussão, eis o entendimento dos doutrinadores Luiz Flávio Gomes *et al.*:

No *caput* do art. 28 o legislador mencionou a palavra “penas”. Neste parágrafo 1º fala em “medidas”; no § 6.º menciona-se a locução “medidas educativas”. Afinal, as consequências previstas no art. 28 configuram “penas” ou “medidas”? De acordo com nossa opinião, são “penas” alternativas, que não possuem, entretanto, o caráter “penal” (no sentido clássico). Logo, mais adequada é a denominação “medidas”. Tudo que está previsto no artigo 28 configura “medidas alternativas” (à prisão). (GOMES *et al.*, 2007, p.159)

O artigo 28 cominou tão somente penas restritivas de direitos ao usuário e ao dependente de drogas, o que, conforme exaustivamente dito, é fonte de grande polêmica. A Lei nº 11.343/06 não dispensou às penas por ela cominadas o mesmo tratamento que o Código Penal dispensa às penas restritivas de direitos que impõe.

As penas previstas pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06 possuem peculiaridades, que ora se pretende demonstrar.

Pode-se destacar, em primeiro lugar que as penas restritivas cominadas pelo artigo 28 ao usuário são aplicadas autonomamente, ou seja, não são aplicadas em substituição de uma pena privativa de liberdade, sendo cominadas expressamente no tipo penal. Essas penas não constituem uma faculdade para o juiz, sendo obrigatória a aplicação de uma das espécies cominadas pelo citado dispositivo legal em seus incisos I, II e III.

A segunda característica específica das penas restritivas de direitos cominadas pela Lei de Drogas ao usuário é que, no caso de seu descumprimento não poderá haver a conversão em pena privativa de liberdade, vez que a Lei nº 11.343/06 veda a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário.

Quanto às características distintivas das penas restritivas de direitos cominadas pela nova Lei, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho destacam em suas lições que:

(...) a Lei de Drogas inovou ao prever a utilização de pena restritiva com duas características não previstas na legislação. comum: i) a não-substitutividade e ii) a não-conversibilidade em pena privativa de liberdade. *i) não-substitutividade*: a pena restritiva de direitos na Lei de Drogas já é cominada diretamente no preceito secundário da norma penal incriminadora, perdendo o caráter substitutivo que, em regra acompanha tais medidas no Código Penal e na legislação comum. (...) *ii) não conversibilidade em pena privativa de liberdade*:

(...) a pena restritiva de direitos não é passível de conversão em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento. A própria lei já previu, no § 6º do art. 28, as medidas para garantir o cumprimento das penas estipuladas. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, pp. 51/52)

Cumprir mencionar, ainda, que o artigo 27 da Lei nº 11.343/06 prevê a possibilidade de as penas previstas no Capítulo III da Lei nº 11.343/06, qual seja “Dos Crimes e das Penas”, serem aplicadas isolada ou cumulativamente, ao dispor que: “As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor”. Quanto à faculdade conferida ao juiz para escolher qual pena restritiva de direito prevista no artigo 28 será aplicada, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

(...) A opção do julgador por uma delas, deve basear-se na culpabilidade (grau de reprovação social merecido) e, por consequência, nos demais critérios previstos no art. 59 do Código Penal. Por outro lado, com fundamento nos mesmos elementos (art. 59, CP), pode o magistrado optar

pela aplicação cumulativa de duas das medidas previstas nos incisos I a III deste artigo, ou mesmo das três penalidades em conjunto. (...) a pena é fixada, por óbvio, na sentença condenatória. Nesta decisão, o julgador deve eleger uma das penalidades dos incisos I, II ou III do art. 28, ou fixá-las de modo cumulativo. Transitando em julgado, segue-se à fase executória. Nesta, conforme o caso, pode-se substituir a pena estabelecida por outra, quicá mais severa ou eficiente. (NUCCI, 2006, p. 754)

Também o jurista Luiz Flávio Gomes *et al.* manifesta-se acerca da aplicação isolada ou cumulativa das penas previstas no artigo 28, bem como sobre a possibilidade de substituição das penas aplicadas, nos termos seguintes:

As penas previstas no art. 28 (advertência, prestação de serviços e medida educativa) podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. O juiz deve levar em conta o fato, o agente do fato assim como o grau de sua reprovabilidade (culpabilidade). (...) Faculta-se ao juiz proceder à substituição da pena alternativa transacionada ou imposta. Em qualquer tempo, enquanto não extinta a pena em razão do seu cumprimento ou da prescrição, pode haver substituição. Nem sempre a medida convencionada ou imposta resulta a mais adequada. Constatado o risco de ineficácia da medida, outra deve ocupar o seu lugar. (GOMES *et al.*, 2007, pp. 144/145)

Uma vez compreendidas as espécies de penas aplicáveis ao usuário, cominadas pelo artigo 28 da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06, assim como já foi analisado o tipo penal previsto nesse artigo, de forma detalhada, será iniciado o estudo da polêmica motivadora deste trabalho: teria ocorrido descriminalização ou despenalização do uso de drogas? Ou ainda, não teria ocorrido nenhuma destas hipóteses, continuando o uso de drogas a configurar crime?

2.6 O Artigo 28 e o uso de Drogas: descriminalização, despenalização ou continua sendo crime?

Todo o cerne da discussão a que se propôs esse trabalho centrar-se-á neste capítulo. Após a indispensável apresentação geral da Lei 11.343/06, dos seus objetivos e das principais alterações ocorridas quanto ao usuário, bem como do tipo penal previsto no artigo 28, e das penas cominadas por este tipo penal, cumpre adentrar especificamente na discussão acerca da ocorrência, ou não, de *abolitio criminis* do uso de drogas.

A partir de agora será analisado se o artigo 28 da nova Lei de Drogas implicou a descriminalização do uso. Desde o advento da Lei n. nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, muito se tem discutido sobre o usuário de drogas e as penas a ele

cominadas. Conforme mencionado no capítulo anterior, não mais pode ser imposta ao usuário pena privativa de liberdade nos termos do parágrafo 2º do artigo 48 da Lei nº 11.343/06, que assim dispõe:

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. (BRASIL, 2006)

Por não mais ser cominada pena privativa de liberdade ao usuário, muitos doutrinadores têm entendido que a nova Lei de Tóxicos, em seu artigo 28, descriminalizou o uso de drogas. Outros entendem que, devido ao fato de o artigo 28 da lei haver cominado penas mais brandas ao usuário teria ocorrido tão somente a despenalização da conduta, que continua típica e ilícita.

Toda essa discussão ocorre porque a legislação anterior impunha ao usuário de drogas pena privativa de liberdade que variava de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e pagamento de 20 a 50 dias-multa. Atualmente, com o advento da nova Lei de Drogas, Lei 11.343/06, as penas previstas são penas restritivas de direitos, sendo que duas delas constituem inovação no ordenamento jurídico-penal brasileiro, o que agrava a discussão acerca da descriminalização do uso de drogas.

Serão, a seguir expostos e analisados os entendimentos existentes sobre a suposta descriminalização do uso de drogas, bem como sobre a sua despenalização.

2.6.1 Primeira Corrente: O artigo 28 implicou a descriminalização do uso de drogas

A primeira corrente a ser analisada é a que adota o entendimento de que ocorreu a descriminalização do uso de drogas, ou seja, o uso de drogas não é mais crime. O principal argumento desta corrente é o artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941, mais conhecido como Lei de Introdução ao Código Penal (apesar de tecnicamente não se tratar de uma lei), que assim dispõe:

Considera-se crime a infração penal a 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, penas de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941)

Os penalistas defensores desta linha de raciocínio entendem que o citado artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal é o dispositivo que estabelece no ordenamento jurídico-penal brasileiro o conceito legal de crime, e, se assim o é, só será considerada crime a conduta a que a lei comine pena privativa de liberdade, na modalidade reclusão ou detenção, isoladamente, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Dessa forma, entendem os seguidores desta corrente que o delito de uso de drogas deixou de configurar crime vez que o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não comina pena privativa de liberdade àqueles que incorrerem na prática das condutas nele tipificadas, mas, tão somente penas restritivas de direitos, quais sejam penas de advertência, de prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Dentre os seguidores desta corrente encontram-se respeitados penalistas, dentre os quais, e poder-se-ia dizer que no papel de líder dos demais, o ilustre doutrinador Luiz Flávio Gomes. Quanto a esse argumento, qual seja o conceito legal de crime trazido pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Luiz Flávio Gomes *et al.* preleciona que:

A Lei nº 11.343/2006 (art.28), de acordo com nossa opinião, aboliu o caráter “criminoso” da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado crime (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização “formal”, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). (...) Ora, se legalmente – no Brasil – “crime” é infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada, cumulativa ou alternativamente com pena de multa), não há dúvida de que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” do ponto de vista formal porque as sanções impostas para esta conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). (GOMES *et al.*, 2007, pp.121/122)

O entendimento acima exposto resume bem o pensamento dos adeptos desta corrente. Sua principal argumentação, conforme dito, reside no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que, para essa corrente, é o responsável pela definição legal de delito. No entanto, em que pese a autoridade dos citados doutrinadores, o argumento exposto, que confere à Lei de Introdução ao Código Penal a tarefa de

conceituar crime, não merece prosperar, por vários motivos, conforme será demonstrado.

O primeiro problema decorrente dessa primeira linha de raciocínio advém não do argumento em si, mas, do próprio conceito de crime. O que é crime? Para os entendedores da descriminalização do uso de drogas, crime é o que estabelece a Lei de Introdução ao Código Penal em seu artigo 1º, ou seja, crime é toda conduta a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

No entanto, deve ser adotada a definição doutrinária segundo a qual crime é toda conduta típica e ilícita. Entendemos que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não se presta à definição de crime, posto que ultrapassado, e também porque utiliza critérios não para a conceituação de crime, mas, apenas para a distinção entre crime e contravenção. Ademais, doutrinadores há que compartilham esse entendimento ao esclarecerem que o citado artigo não tem como objetivo definir crime, mas tão somente estabelecer um critério distintivo entre crimes e contravenções.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, acerca da definição legal de crime no Brasil, assim se manifesta em suas lições:

Essa Lei de Introdução, sem nenhuma preocupação científica 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 aplicável. Ao contrário dos códigos Penais de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º), o atual código Penal (1940, com a Reforma Penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional. (BITENCOURT, 2006)

Assiste razão a esse doutrinador por rejeitar a “definição legal” de crime estabelecido no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro. O crime deve ser definido a partir de seus elementos constitutivos e não das espécies de pena que lhe são aplicadas.

Portanto, inócuo o argumento consistente na definição de crime trazida pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, visto que não é este artigo que define crime, mas sim a doutrina. O crime não pode ser definido única e exclusivamente pelas penas que lhe são cominadas.

As sanções penais são uma consequência do crime, que, conforme visto é toda conduta, ou seja, toda ação ou omissão, típica e ilícita. Não se está dizendo, de

forma alguma que deve ser desprezada a espécie de pena cominada a cada crime. O que se está dizendo é tão somente que um crime não se define pela espécie de pena que lhe é cominada.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a Lei de Introdução ao Código Penal, datada de 1941, está em vigência desde janeiro de 1942, ou seja, há 74 anos. Com o passar do tempo, as transformações sociais e políticas bem como as alterações jurídicas, inclusive as jurídico-penais, fizeram com que essa lei ficasse ultrapassada. Serão mencionadas as duas alterações mais significativas: a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, e o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988.

O Código Penal – Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - passou por uma reforma em toda a sua parte geral, no ano de 1984, promovida pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Essa reforma propiciou o surgimento de uma nova espécie de pena, as penas restritivas de direitos, que passaram a integrar o rol de espécies de sanções penais até então existentes, tal como passou a ser disposto no artigo 32 do Código Penal.

A partir de então, os crimes passaram a ser punidos não só com pena de reclusão ou detenção, mas, também com penas restritivas de direitos. A Lei de Introdução ao Código Penal, no entanto, não foi alterada e continuou a considerar crime apenas as condutas punidas com pena de reclusão ou detenção.

Não bastasse isso, com o advento da Constituição da República de 1988 foram consagradas e reforçadas as espécies de penas já previstas pelo Código Penal. A Carta Magna de 1988, além de reafirmar as espécies previstas pela legislação penal infraconstitucional, faculta ao legislador adotar outras espécies, respeitando, obviamente, aquelas que são expressamente vedadas pelo texto constitucional. A seguir, transcrevem-se os dispositivos constitucionais respectivos:

Art. 5º. (...)

XLVI – a lei regulará a individualização das penas e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84,XIX;
- b) de caráter perpétuo;

- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis. (BRASIL, 1988)

Quanto às alterações promovidas pela reforma da Parte Geral do Código Penal e pela atual Constituição da República de 1988, acima mencionadas, destaca Jayme Walmer de Freitas:

A reforma de 1984 adaptou-se à tendência de aperfeiçoamento das penas privativas de liberdade e criou as penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. A evolução paulatina, mas inexorável haveria de suceder ante a falência do sistema prisional (...). Com a Carta da República, em 1988, o constituinte ampliou a previsão do Código Penal, oferecendo um *rol não taxativo* de penas (...). (FREITAS, 2007)

Portanto, ainda que se considere correta a definição de crime apresentada pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, o que, ressalte-se, não é o entendimento adotado nessa monografia, essa definição está ultrapassada, vez que não acompanhou a evolução penal implementada pela nova Parte Geral do Código Penal, em 1984, e também, pela Constituição da República de 1988.

Desta forma, resta inócuo o argumento de que houve a descriminalização do uso de drogas, fundado na definição de crime apresentada pela Lei de Introdução ao Código Penal, pois, essa Lei encontra-se ultrapassada nesse aspecto e não acompanhou alterações substanciais, constitucionais e infraconstitucionais, referentes às espécies de sanção penal existente e, conseqüentemente, referentes ao próprio conceito de crime.

Nesse sentido é também o entendimento de Sérgio de Oliveira Neto, que, em artigo no qual defende que não houve descriminalização do uso de drogas, assim leciona:

Ao que tudo indica, a Lei de Introdução ao Código Penal não acompanhou a evolução legislativa que vem se sucedendo ao longo dos anos, seja por descuido do legislador, seja por conceber-se que seria desnecessário atualizar essa lei introdutória. (...) O Fato é que esta Lei de Introdução ao Código Penal não foi expressamente alterada e, assim, fica sujeita às mesmas derrogações tácitas ou indiretas que possam atingir os demais textos legais, quando a nova normatização for incompatível ou regulamentar diferentemente a matéria tratada pela lei pretérita. (NETTO, 2006)

Também o Promotor Renato Marcão se manifesta pelo entendimento de que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não se presta a definir crime, vez que desatualizado. Assim expõe:

É certo que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro é bastante objetivo naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na Parte Geral do Código Penal da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei nº 7209, de 13-7-1984), e menos ainda com o *status* que passaram a ser tratadas com o advento da Lei nº 9714/98. O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art.

1º da Lei de Introdução ao Código Penal não resolve a questão, segundo entendemos. (MARCÃO, 2007, p. 28)

Fernando Capez, em breve análise da matéria ora discutida, também se manifesta pela inadequação do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal para a conceituação de crime, ao aduzir que “A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.” (CAPEZ, 2007, p. 690).

Por fim, compartilham também do entendimento acima exposto, que afasta a definição de crime trazida pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, ao dizerem que:

Esta norma foi recepcionada pela atual Constituição? (...) Apesar do disposto no art. 5º, XLVI, entendemos que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal foi recepcionado, mas desde que seja interpretado à luz da nova ordem constitucional e da seguinte forma: a função da Lei de Introdução ao Código Penal era, à época de elaboração do Código Penal, distinguir crimes e contravenções, segundo as concepções então vigentes. Portanto, referido artigo somente se aplica à vista da distinção entre crime e contravenção criada dentro do sistema do Código Penal e das leis posteriores que seguiram a referida distinção de penas. Qualquer outra interpretação não poderá ser admitida. Assim, a interpretação de que a regra do art. 1º possui caráter universal e vinculante não se coaduna com a nova Constituição e não pode ser admitida. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 73)

Dessa forma, considerando que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não se presta à definição de crime por todos os motivos acima expostos, e considerando ainda que crime é toda ação típica, antijurídica e culpável, não resta entendimento outro senão o de que o uso de drogas é crime, em sede da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06. E é crime porque é conduta típica, consoante artigo 28, *caput* e § 1º da Lei nº 11.343/06, inserida no Capítulo III, dedicado aos crimes e às penas, do Título III da Lei. É crime também porque é conduta antijurídica, pois foi estabelecida pelo Estado como conduta contrária ao Direito, caso contrário, não teria sido objeto de uma norma jurídica incriminadora.

Afastado está, portanto, o primeiro argumento da corrente que advoga a descriminalização do uso de drogas, fundado na “definição” de crime trazida pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

O segundo argumento dessa corrente reside no fato de seus defensores considerarem o uso de drogas uma infração penal *sui generis*. Conforme anteriormente dito, Luiz Flávio Gomes e seus seguidores entendem que o uso de drogas foi descriminalizado porque o artigo 28 da Lei de Drogas não mais comina pena de prisão àquele que incidir em uma das condutas típicas descritas no artigo 28, caracterizadoras do uso de drogas.

Assim, para eles, se crime é apenas a conduta punida com pena de detenção ou de reclusão, nos termos do já exaustivamente citado artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, o uso de drogas, que é punido com penas restritivas de direitos não pode mais ser considerado crime. No entanto, estes autores entendem que a conduta de uso de drogas permanece com o caráter de ilícita, ou seja, de contrária ao Direito, razão pela qual a classificam como infração penal *sui generis*, nos seguintes termos:

Infração sui generis: diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de “crime” nem de “contravenção penal” porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, *sui generis*. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados especiais ou da Vara especializada). Assim não é “crime”, não é “contravenção” e tampouco é um “ilícito administrativo”: é um ilícito *sui generis*. (...) É um ilícito “penal” *sui generis*. É penal porque o artigo 28 não foi retirado do muno do direito penal. E é *sui generis* não só porque as penas cominadas não conduzem à prisão, senão também porque normalmente a transação penal impede outra no lapso de cinco anos. Em relação ao usuário isso não acontece, ou seja, o usuário pode fazer várias transações penais, dentro desse lapso (em razão do consumo de droga). (...) E é penal também em outro sentido: caso não haja transação penal, as penas do artigo 28 são impostas em sentença final, dentro do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais. (GOMES *et al.*, 2007, pp. 122/123).

Percebe-se que esse segundo argumento é apenas uma consequência do primeiro, pois, se o uso de drogas não é crime nem contravenção penal por não se enquadrar nas definições do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, e ao mesmo tempo mantém o caráter de ilícito, é necessário estabelecer a ele uma classificação.

Se não é crime nem contravenção, o que é? Surge, portanto, a sua classificação como uma nova espécie de infração penal, qual seja, a de infração penal *sui generis*. Sendo assim, volta-se, mais uma vez à discussão acerca da impossibilidade de se adotar o artigo 1º como definidor de crime, razão pela qual também é inócuo esse segundo argumento, qual seja o de que o uso de drogas é uma infração penal *sui generis*.

É incoerente considerar o uso de drogas como fato inerente à esfera de atuação do Direito Penal, vez que é conduta ilícita, e não considerá-lo crime única e exclusivamente devido às espécies de sanção penal a ele cominadas.

Isso porque, para a definição de crime não importa qual a espécie de sanção penal aplicada, mas, importa se aquela conduta está tipificada em lei penal como crime e se é contrária ao direito, ou seja, importa saber se a conduta é típica e ilícita. Para definir o uso de drogas como crime não há que se questionar quais as penas cominadas.

Há que se questionar se a conduta é típica, resposta afirmativa com base no artigo 28 da lei de Drogas, e se é ilícita, resposta também afirmativa, pois, se assim não fosse não seria incriminada por uma lei penal como conduta violadora de um bem jurídico coletivo que é a saúde pública. Então, vez que os autores supramencionados entendem que o uso de drogas é conduta ilícita, basta apenas questionar se é típica para se chegar à conclusão de que é crime.

Portanto, infundado o segundo argumento dessa corrente.

Por fim, cumpre ressaltar que o autor Luiz Flávio Gomes *et al.* entende que, concomitantemente à descriminalização da conduta do uso de drogas ocorreu também a sua despenalização. Assim se manifesta a respeito:

De outro lado, também se pode afirmar que o artigo 28 retrata mais uma hipótese de despenalização. Descriminalização “formal” e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo artigo 28 da Lei de Drogas (houve processo misto). (GOMES *et al.*, 2007, p. 120)

Também há que se afastar esse entendimento de que houve despenalização da conduta do uso de drogas. A discussão aqui é referente às espécies de penas cominadas. Há entendimento de que as consequências previstas pelo artigo 28 não são penas, mas sim medidas, havendo ainda aqueles que entendem tratar-se de medidas simplesmente, e outros que entendem tratar-se de medidas educativas.

Assim sendo, se são penas as consequências previstas para a prática do delito de uso de drogas, ainda que mais brandas do que as penas comumente aplicadas aos crimes em geral, não há que se falar na ocorrência de despenalização.

Quanto à não ocorrência de despenalização será melhor explicitado no item seguinte, no qual será analisada a segunda corrente, que entende não ter havido a descriminalização do uso de drogas, mas, tão somente a sua despenalização.

2.6.2 Segunda Corrente: o artigo 28 implicou a despenalização do crime de uso de drogas, mas não a sua descriminalização

Essa corrente adota o entendimento de que o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não descriminalizou o uso de drogas, mas tão somente despenalizou a conduta. Ou seja, o uso de drogas continua sendo crime, tendo havido apenas a suavização das penas cominadas, vez que não mais pode ser imposta ao usuário a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal – STF se manifestou adepto desse entendimento em decisão proferida em fevereiro deste ano, na qual, ao julgar questão de ordem em recurso extraordinário, reconheceu que a conduta de porte de drogas para consumo pessoal tem a natureza jurídica de crime, e rechaçou alguns dos argumentos utilizados pela corrente que defende que houve a descriminalização do uso de drogas.

A ementa da decisão em comento assim dispõe:

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da Lei nº 11.343/06, partir de um pressuposto de despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “*Dos Crimes e das Penas*”, só a eles referentes (Lei nº 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “*reincidência*”, também não se pode emprestar um sentido “*popular*”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na Lei nº 11.434/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário

de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei nº 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei nº 11.343/06, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei nº 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). (...). (STF, 2007)

Essa decisão do STF, sem dúvida, possui indiscutível importância para a solução da controvérsia em que se encontra envolto o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, referente à hipótese de descriminalização, ou não, do uso de drogas. Enquanto Corte Suprema do Poder Judiciário brasileiro e na condição de guardião da Constituição da República, uma decisão emanada dessa Corte, no sentido de que o uso de drogas possui natureza jurídica de crime é de fundamental importância para a sedimentação desse entendimento e para afastar a hipótese de descriminalização, sustentada pela primeira corrente estudada neste capítulo.

O STF manifesta-se na citada decisão no sentido de que a manutenção da tese da descriminalização traz sérias consequências práticas, como exemplifica citando o exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente:

De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), considera-se “ato infracional” apenas a “conduta descrita como crime ou contravenção penal”. De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos “às normas da legislação especial” (CF/88, art. 228; e C. Penal, art. 27) – vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90, art. 104) -, sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da Lei nº 11.343/06. (...) Isso para mencionar apenas algumas das inúmeras consequências práticas, às quais se aliariam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*. (STF, 2007)

Mais adiante em sua fundamentação, o Ministro Sepúlveda Pertence, Relator do acórdão em análise, em seu voto, rechaça o principal argumento dos defensores da descriminalização do uso de drogas, qual seja o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, reconhecendo que a lei ordinária, conforme permissivo constitucional constante do art. 5º, XLVI, está autorizada a adotar outras espécies de pena. Assim expõe quanto a este aspecto:

A norma contida no art. 1º do LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, que lei ordinária

superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 – pena diversa da “*privação ou restrição da liberdade*”, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela “*lei*” (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). (STF, 2007)

E para finalizar, prossegue o Ministro em seu voto afirmando a natureza jurídica de crime do uso de drogas, nos seguintes termos:

De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. (...) O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º; e Lei nº 9.605/98) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal. Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a Lei nº 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107, III). (STF, 2007)

A decisão do STF no sentido da manutenção da natureza jurídica de crime da conduta de uso de drogas, está em perfeita consonância com a Lei 11.343/06 e seus objetivos e, de fato é o entendimento mais acertado. E conforme demonstrado, o artigo 28 penaliza aquele que incide na prática das condutas tipificadas como uso de drogas. Ocorre que, por cominar penas mais brandas, equivocadamente tem-se entendido que a lei não pune o usuário.

Feita a ressalva com relação à despenalização da conduta do uso de drogas, que tem como fundamento, principalmente, a posição adotada pelo STF, acima exposta, todos os argumentos utilizados para explicar que o uso de drogas continua a ser crime sob a égide da nova Lei de Drogas são extremamente coerentes com o tratamento dispensado ao usuário pela nova Lei de Drogas.

2.6.3 Terceira Corrente: o artigo 28 manteve o uso de drogas com a natureza jurídica de crime: não houve despenalização nem descriminalização

Conforme já foi adiantado no decorrer da exposição das duas primeiras correntes o uso de drogas não foi descriminalizado pelo artigo 28 da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06, ou seja, não houve *abolitio criminis*. Não há, também, que se falar na despenalização da conduta, posto que o artigo 28 comina sanções penais àquele que incidir na prática das condutas por ele tipificadas.

Conforme vem sendo demonstrado, o uso de drogas é crime, tendo ocorrido tão somente um abrandamento do rigor punitivo adotado em relação ao usuário (que não é sinônimo de despenalização), posto que, a nova Lei de Drogas, esclarece que seus objetivos relativamente ao usuário são a atenção e a reinserção social, sem, no entanto, deixar de lado o caráter repressivo. Tanto é verdade que a conduta foi tipificada como crime e a ela foram cominadas sanções.

Pode-se concluir, de acordo com o pensamento dos seguidores desta corrente, que o usuário é penalizado sim, não com uma pena tão severa como a privação de liberdade, mas com medidas alternativas menos rigorosas que não perde o seu caráter repressor.

CAPÍTULO III. RESSOCIALIZAÇÃO DO USUÁRIO

A moderna política criminal vinha orientada pela não aplicação da pena privativa de liberdade, haja vista que o usuário não merece ter um tratamento tão severo por parte do Estado, sendo necessário oferecer outras medidas punitivas para que o usuário possa se ressocializar, coisa que não seria feita caso ele fosse colocado junto com outros infratores no sistema prisional.

Acerca do assunto se manifestou Luiz Flávio Gomes da seguinte forma:

Ao usuário não se comina pena de prisão. Pretende-se que nem sequer ele passe pela polícia. O infrator da Lei será enviado diretamente aos Juizados Criminais, salvo onde inexistem tais juizados de plantão (art.48, §2º). Não há que se falar, de outro lado, em inquérito policial, sim em termo circunstanciado. Não é possível a prisão em flagrante (art.48, §2º): o agente surpreendido é capturado, mas não se lavra auto de prisão em flagrante (no seu lugar, elabora-se o termo circunstanciado). A competência para a aplicação de todas as medidas alternativas é dos Juizados Criminais. Na audiência preliminar é possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do art. 28. Não aceita (pelo agente) a transação penal, segue-se o ritmo sumaríssimo da Lei 9.099/95. Mas, no final, de modo algum será imposta pena de prisão, sim, somente as medidas alternativas do art.28. (GOMES *et al.*, 2006, p. 7).

Isso significa uma nova despenalização a partir do próprio diploma. Em hipótese alguma será imposta pena restritiva de liberdade ao autor de crime de uso, cabendo somente a aplicação de medidas alternativas, dentre as quais, a advertência, a prestação de serviço à comunidade e a medida de comparecimento à programa ou curso educativo. As medidas poderão ser aplicadas isoladas ou conjuntamente, mas em caso de descumprimento, caberá a admoestação verbal e/ou multa, nunca a pena de prisão. (REGHELIN, 2007, pp. 69-70).

Ressalte-se que, nem mesmo ao ofertar a transação penal (art.76 da Lei nº 9.099/95), poderá o Ministério Público propor a cominação de pena alternativa diferente das elencadas no art.28 da Lei nº 11.343/2006. Neste sentido, ensina Rômulo de Andrade Moreira que “a proposta terá como objetivo uma das medidas educativas (como define a própria lei) prevista no art.28. (MOREIRA, 2006, p. 76).

Como é perceptível, a nova Lei de Tóxicos adotou uma postura predominantemente preventiva em relação ao usuário. Esta postura deverá considerar, para sua efetivação, as disposições acerca da prevenção, atenção e

reinserção social do usuário, finalidades primeiras das políticas públicas sobre drogas.

As atividades de prevenção do uso indevido de drogas, assim os objetivos, princípios e diretrizes de atuação dessas atividades, são tratados pelo Capítulo I, composto dos artigos 18 e 19, do Título III da nova lei. Estas atividades consistem, de modo geral, em medidas educativas e de conscientização sobre os efeitos nocivos causados pelas drogas.

Para que seja eficaz a política preventiva do uso de drogas, as atividades preventivas devem ser exercidas consoantes os princípios específicos estabelecidos no artigo 19, que impõem o reconhecimento das particularidades de cada grupo social, adotando, para cada um, estratégias diferenciadas de atuação. Os princípios preveem, ainda, a colaboração entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso, bem como o incentivo aos esportes, educação e formação profissional, cultura, dentre outros, visando a um contexto social que forneça aos usuários alternativos ao uso de drogas.

Os artigos 18 da Lei de Drogas dispõem sobre as atividades de prevenção, quando expressa no texto legal que:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Já o artigo 19, fala dos princípios e diretrizes que norteiam as atividades de prevenção, no qual diz em seu inciso I que essas atividades devem reconhecer o uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence e que se devem adotar 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.

Também deve ser levado como princípio o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas. Deve-se adotar estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas oferecendo um tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas.

É essencial 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, investindo em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria de qualidade de vida e 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, bem como 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 e a observância das orientações e normas emanadas do Conad; o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de risco como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; o compartilhamento de responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas e o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Segundo Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

A Lei considera como atividade de prevenção, consoante os princípios já vistos do Sisnad, a redução dos fatores reconhecidos de vulnerabilidade e risco, bem como a promoção dos fatores de proteção. Nesse sentido, o art.19 lista diversos princípios e diretrizes a serem seguidos pelas atividades de prevenção do uso indevido de drogas. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 36)

Estudioso do tema o jurista Luiz Flávio Gomes, *et al.*, entende que as medidas de prevenção adotadas pela Lei de drogas são inovadoras em relação às leis anteriormente vigentes e dividem-se em três fases distintas, que variam conforme o estágio em que se encontra o usuário de drogas. Preleciona que:

Todo o *Capítulo I* da Lei ocupa-se de implementar uma política de prevenção do uso indevido de drogas no Brasil. Tal preocupação, ainda que pudesse ser vislumbrada nas legislações de drogas que até então vigoravam (Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/2002), não tratavam do tema com tanto detalhamento). (...) Os programas de prevenção do uso indevido de drogas comportam *três* distintos momentos, todos contemplados na nova Lei: *prevenção primária*: tem por finalidade impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga, ou de retardá-lo. (...) *prevenção secundária*: busca evitar que aqueles que façam uso de moderado de drogas passem a usá-las de forma mais frequente e prejudicial. (...) *prevenção terciária* incide quando ocorrem problemas com o uso ou a dependência de drogas, sendo que fazem parte deste momento todas as ações voltadas para a recuperação do dependente. (GOMES *et al.*, 2007, p. 58).

Além da previsão legal de atuação para a prevenção do uso de drogas, a nova lei prevê também atividades de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas. Estas atividades encontram-se previstas nos artigos 20 a 22 do Capítulo II do já mencionado Título III da lei, que dispõe que, constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei (Lei de Drogas), aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas (art.20).

O artigo 21 diz que as atividades de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares, são aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais. Já o artigo 22 aponta os princípios e diretrizes das atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e seus familiares. Vejamos:

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 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. (BRASIL, 2006)

As atividades de atenção ao usuário e ao dependente de drogas têm como objetivos a melhoria da qualidade de vida e a redução de riscos e danos advindos do uso de drogas. As atividades de reinserção social, por sua vez, objetivam a integração ou reintegração social. Estas atividades devem seguir os princípios expostos no artigo 22 da Lei nº 11.343/06 para que seus objetivos, e objetivos do Sisnad, sejam alcançados. Em relação às atividades de atenção e reinserção social, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho esclarecem que:

A previsão específica da necessidade de atender e reinserir na sociedade o usuário e o dependente de drogas não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois já existia desde a Medida Provisória nº 2.225-45/2001, que alterou a Lei nº 6.368/1976. Entretanto, a nova Lei de Drogas, neste ponto, deu nova formulação à matéria, elevando as atividades de atenção e reinserção social ao mesmo nível de importância das atividades de

prevenção do uso indevido e de repressão ao tráfico e à produção não autorizada. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 39)

A nova Lei de Drogas ampliou o público-alvo das atividades de atenção e reinserção social, abrangendo não apenas os usuários e dependentes, mas também os seus familiares. Sobre esse aspecto Luiz Flávio Gomes, *et al.*, assim se manifesta:

O envolvimento dos familiares do usuário no desenvolvimento das políticas públicas de atenção e reinserção social qualifica-as sobremaneira, já que o apoio familiar nestes casos, muitas vezes, demonstra-se decisivo. Também, por outro lado, é necessário verificar a família do usuário, já que é frequente a necessidade de uma intervenção social, buscando resolver conflitos domésticos e que representam fatores de risco. (GOMES *et al.*, 2007, p. 88)

Ao adotar uma postura preventiva em relação ao uso de drogas, a nova Lei de Tóxicos trouxe profundas e importantes inovações, e, como quase toda inovação, trouxe também polêmicas que tem suscitado dúvidas acerca do tratamento dispensado ao usuário. Primeiramente, é de fundamental importância definir quem é o usuário, em que consiste ser usuário.

Ao tratar sobre a nova Lei de Tóxicos, Luiz Flávio Gomes *et al.* assim se posicionou sobre a figura do usuário:

Para fins penais, entende-se por usuário de drogas (doravante) quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida (...) o usuário não se confunde de modo algum, com o traficante financiador do tráfico. (GOMES *et al.*, 2007, p. 111)

Dessa forma, tem-se que o usuário deve ser entendido como todo aquele que pratica qualquer das condutas descritas no artigo 28 da nova lei de drogas. Um dos objetivos da Lei nº 11.343/06 foi, justamente, o de estabelecer a distinção entre o usuário de drogas e o traficante. Para atingir esse fim, a Lei nº 11.343/06 estabeleceu tratamento diferenciado para cada um, dispondo sobre o usuário e sobre o traficante em capítulos distintos.

Luiz Flávio Gomes *et al.*, ao destacar os eixos centrais da nova Lei de Tóxicos, cita, de modo geral:

(a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja, em relação a quem tem a posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e o financiador do tráfico; (d) louvável clareza na configuração do rito procedimental e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos,

arrecadados e, quando o caso, leiloado os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas. (GOMES *ET al.*, 2007, p. 7)

O Promotor Fernando Capez, quanto às inovações da nova lei em relação ao usuário, menciona as seguintes:

Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito; substitui a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas; não mais existe a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário; passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa; tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (CAPEZ, 2007, p. 682)

Renato Marcão, por sua vez, em suas lições acerca das inovações apresentadas pela Lei nº 11.343/06 quanto ao usuário de drogas, explica que:

3ª) Na redação antiga, praticava-se o crime mediante três condutas, a saber: adquirir, guardar ou trazer consigo. Na nova capitulação estão previstas cinco condutas para a forma regulada no *caput*: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. No § 1º existem outras três condutas, quais sejam: semear, cultivar ou colher. Houve, portanto, considerável aumento nas hipóteses de incidência típica.

(...)

6ª) Já não há qualquer possibilidade de aplicar pena privativa de liberdade em se tratando de “porte” para uso próprio (art. 28, *caput*)

(...) antes era cominada pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, e pagamentos de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa para o crime do art. 16 (...) Agora, para as duas modalidades típicas (art. 28, *caput* e § 1º), as penas são as seguintes: advertência sobre efeitos das drogas (inciso I); prestação de serviços à comunidade (inciso II) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inciso III).

(...)

10ª) O § 7º tem explícita relação com a política de redução de danos adotada em relação ao problema das drogas, e fixa que o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

11ª) Não se imporá prisão em flagrante àquele que praticou qualquer das condutas reguladas no art. 28, *caput* ou § 1º.

12ª) O procedimento relativo aos crimes do artigo 28 (*caput* e § 1º) é o do Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95), salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 da lei (art. 48, §1º, da Lei nº 11.343/2006). (MARCÃO, 2007, p. 62)

Inobstante tenha a Lei nº 11.343/06 adotado em relação ao usuário de drogas uma postura nitidamente preventiva, não foi abandonada a repressão a essa prática. A Lei nº 11.343/06 manteve, com alguns abrandamentos, o aspecto repressivo àquele que incidir na prática das condutas tipificadas no art. 28, que aumentou as hipóteses de incidência típica do usuário, em relação às tipificadas pelo artigo 16 da Lei nº 6368/76.

3.1 Tratamento Especializado ao Usuário

Acrescente-se, por oportuno, que a nova Lei de Tóxicos não impõe ao usuário e ao dependente de drogas tratamento compulsório. Em seu parágrafo 7º, a Lei nº 11.343/06 dispõe que “O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.” Sendo assim, há a possibilidade de o usuário dependente submeter-se a tratamento especializado, gratuitamente. Mas, isso não é uma imposição legal, tampouco é pena cominada ao delito de uso de drogas.

Sobre essa possibilidade de tratamento, manifestam-se Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, nos seguintes termos:

(...) a nova Lei de Drogas não impôs como sanção a submissão do usuário a tratamento compulsório. (...) A nova Lei de Drogas, porém, deixou de prever referida pena de internação compulsória, atenta aos postulados da área da saúde, que indicam que a eficiência e utilidade do tratamento estão condicionadas à aceitação da dependência e, principalmente, à voluntariedade na submissão ao tratamento. Tratou, apenas, no § 7.º do artigo em estudo, da possibilidade de o juiz colocar à disposição do dependente tratamento especializado, a ser prestado gratuitamente pelo Poder Público. (...) Porém, este tratamento deverá ser reservado ao usuário dependente e não a qualquer infrator que incida nas penas do artigo 28. (MENDONÇA; CARVALHO, 2007, p. 66)

Quanto à faculdade conferida ao usuário, de se submeter a tratamento especializado, que poderá ser colocado à sua disposição por determinação do juiz ao Poder Público, Luiz Flávio Gomes *et al.* se manifesta nos seguintes termos:

O tratamento especializado (ressalvado os arts. 45 a 47, que contemplam o inimputável e o semi-imputável) não aparece, na nova Lei de Drogas, como sanção a ser imposta ao usuário. (...) De acordo com o diploma legal em questão cabe ao juiz determinar ao Poder Público (ou seja: ao setor do Poder Público que cuida da administração da saúde pública) que coloque à disposição do infrator referido tratamento. Verifica-se que o tratamento deve ser oferecido (não imposto) ao infrator. É da essência de todo tratamento a adesão do sujeito. (...) O tratamento, de outro lado, pressupõe a condição de dependente. (GOMES *et al.*, 2007, pp. 168/169)

Pode-se observar nas palavras dos doutrinadores acima citados, que o usuário dependente possui o livre arbítrio para escolher receber os cuidados do tratamento ou se prefere não se tratar. A autoridade não pode impor o tratamento de forma obrigatória para o dependente de tóxicos, mesmo porque o tratamento não faz parte do rol de sanções aplicadas ao usuário. Por mais que o usuário seja pego

diversas vezes cometendo a mesma infração e sendo constatado que se trata de um viciado, o tratamento nunca será obrigatório.

Destaca-se, por fim, que o tratamento especializado previsto pela Lei nº 11.343/06 está em perfeita consonância com os fins preventivos adotados quanto ao usuário e ao dependente de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o passar do tempo a sociedade foi mudando, novos valores foram surgindo, outros foram deixando de ser tão importantes, e dentro dessas mudanças podemos citar o consumo de drogas pelas pessoas, que independentemente da cultura, os povos fazem o uso dessas substâncias há milênios. Na sociedade moderna o consumo de droga foi crescendo de uma maneira rápida e avassaladora, tomando conta de todas as camadas sociais, sendo o uso feito tanto por pessoas que vivem em condições miseráveis como por pessoas mais abastadas.

Por muito tempo, as sanções previstas para o usuário de drogas foram penas rígidas, fortes, onde podemos perceber que o usuário era visto como uma pessoa perigosa que deixava toda a sociedade correndo risco. Esse pensamento se estendeu até a década passada, mas com o advento da Lei nº 11.343/06, diante das políticas criminais desenvolvidas por países mais desenvolvidos e mais atualizados em relação ao combate às drogas, os legisladores brasileiros criaram um dispositivo mais brando para punir o usuário, de forma que revogou a aplicação de pena privativa de liberdade e substituiu por penas alternativas elencadas no artigo 28 da referida Lei.

Essa mudança foi de grande importância porque o usuário agora tem a possibilidade de cumprir a pena de uma maneira que o faz ficar em contato com trabalhos que o mantém em contato com outras pessoas, como prestar serviços a comunidade e medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos educativos, além também da advertência verbal.

Diferente seria se o usuário fosse mandado para o sistema prisional, onde lá estaria em contato com delinquentes de alta periculosidade que fariam dele um mais novo criminoso, e aquela pessoa que chegou para cumprir a pena por causa do consumo próprio de drogas sairia pronto para cometer delitos da pior natureza, haja vista todo o ensinamento adquirido com os malfeitores.

Foi-se percebendo que impor uma pena privativa de liberdade para o usuário de drogas de nada adiantaria para o combate ao tráfico, tendo em vista que a raiz do problema é outra, onde o Estado deve trabalhar fortemente com políticas públicas de

combate às drogas. O usuário deve ser visto com um olhar mais cuidadoso e ser tratado como alguém que precisa de ajuda para curar o vício.

A aplicação de medidas alternativas para o usuário foi de suma importância para que algumas injustiças acabassem, tal como aplicar sanções gravíssimas para um mero doente dependente de drogas.

Foi um avanço que tivemos na legislação pátria a respeito da aplicação da pena ao usuário de drogas, tendo em vista as explicações dadas em todo o decorrer do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

BRASIL. **Decreto n. 847 – de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 5726, de 29 de outubro de 1971**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 de outubro de 1971.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 de outubro de 1976.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 de agosto de 2006.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Apelação Criminal. Processo 20150110181985, relator Roberval Casemiro Belinati, TJDF, 11 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Criminal. Processo 0447140006670001. Relatora Denise Pinho da Costa Val, TJMG, 21 de julho de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Criminal. Processo 10388130020174001. Relator Des. Suimei Meira Cavalieri, TJRJ, 23 de junho de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Criminal. Processo 02438601120138190001. Relator Des. Suimei Meira Cavalieri, TJRJ, 23 de junho de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. Volume 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Volume 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A questão da descriminalização do crime de porte de drogas e o novo conceito de crime**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2007. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

GOMES, L. F. (Coord). **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. São Paulo: Método, 2007.

NETTO, Sérgio de Oliveira. **Não houve descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1155, 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto/>>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Senado. **Ordenação das Filipinas**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.