



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DIONATHAN RODRIGO KUHLER**

**A DESPENALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.**

**Análise do art. 28 da Lei 11.343/06**

Florianópolis

2017

DIONATHAN RODRIGO KUHLER

**A DESPENALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.**

**Análise do art. 28 da Lei 11.343/06**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Federal de Santa Catarina como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Humberto Pereira Vecchio

Florianópolis

2017

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “*A despenalização do porte de drogas para consumo pessoal. Análise do art. 28 da Lei 11.343/06*” elaborado pelo acadêmico Dionathan Rodrigo Kuhler, defendido ao (s) ..... dia (s) do mês de ..... do ano de 2017, às ..... horas e ..... minutos, na Sala n°. ..... do CCJ e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota ..... (.....), cumprindo o requisito legal previsto no art.10 da Resolução 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina através da Resolução 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, ..... / ..... / 2017.

---

**Humberto Pereira Vecchio**

Presidente da Banca (Professor Orientador)

---

**Clarindo Epaminondas de Sá Neto**

Integrante da Banca

---

**Rafael Caetano Cherobin**

Integrante da Banca

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “*A despenalização do porte de drogas para consumo pessoal. Análise do art. 28 da Lei 11.343/06*” elaborado pelo acadêmico Dionathan Rodrigo Kuhler, defendido em ..... / ..... / 2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota ..... (.....), cumprindo o requisito legal previsto no art.10 da Resolução 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina através da Resolução 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, ..... / ..... / 2017.

---

**Humberto Pereira Vecchio**

Presidente da Banca (Professor Orientador)

---

**Clarindo Epaminondas de Sá Neto**

Integrante da Banca

---

**Rafael Caetano Cherobin**

Integrante da Banca

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

**Aluno:** Dionathan Rodrigo Kuhler

**RG:** 5090936 SSP/SC

**CPF:** 075.573.659-17

**Matrícula:** 09222048

**Título do TCC:** A despenalização do porte de drogas para consumo pessoal. Análise do art. 28 da Lei 11.343/06

**Orientador:** Humberto Pereira Vecchio

Eu, **Dionathan Rodrigo Kuhler**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC, de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, ..... / ..... / 2017.

---

**Dionathan Rodrigo Kuhler**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina que me recebeu com dedicação durante toda minha jornada acadêmica. Registro agradecimentos ao corpo docente do Curso de Direito da UFSC que me inspirou na busca de conhecimento. Agradeço o Professor e Humberto Pereira Vecchio que, como orientador dessa monografia, levantou apontamentos de grande que foram essenciais para a o desenvolvimento do trabalho. Aos amigos e colegas acadêmicos que, passaram pelas mesmas dificuldades que traz o curso. Aos meus colegas de profissão que muitas vezes estiveram dispostos a me auxiliar em na jornada acadêmica. Agradeço aos meus familiares que me apoiaram desde o início da vida acadêmica e m e deram forças para concluir essa jornada. Ao meu animal de estimação e fiel companheiro Bud que a cada dia me ajuda a ser uma pessoa melhor e mais responsável. Por fim, agradeço à minha amada namorada e futura esposa Tracy, à qual revelo incondicional respeito, admiração, carinho e amor e sempre esteve presente comigo me ajudando a superar as adversidades da vida.

*"Vocês nunca conseguirão saber como um piloto se sente quando vence uma prova. O capacete oculta sentimentos incompreensíveis."*

*Ayrton Senna*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo buscar respostas para as questões que envolvem a natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06. A nova lei Antidrogas extinguiu a pena de restrição de liberdade para a conduta de portar drogas para uso pessoal, no entanto tal mudança levantou questões na comunidade jurídica, uma vez que a Lei de Introdução ao Código Penal estabelece a pena de restrição de liberdade para caracterizar natureza criminal da conduta. Depois de analisar as características da norma penal incriminadora e pesquisa por meio de jurisprudência e doutrina, buscou-se por fim esclarecer a problemática apresentada. Entre os autores pesquisados, Greco Filho e Bitencourt alegam que a conduta ainda possui natureza criminal e, portanto, não houve descriminalização, já Luiz Flávio Gomes e João José Leal afirmam que houve descriminalização. Extraí-se a conclusão a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, além dos ensinamentos de vasta doutrina e da própria norma. Contudo, a partir das pesquisas conclui-se que o porte de drogas para consumo próprio não deixou de ser crime, ocorrendo, no entanto, uma despenalização, um abrandamento da pena correspondente à conduta estipulada no art. 28 da Lei Antidrogas, porém as sanções correspondentes estão entre as previstas pela Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Despenalização, Descriminalização, Lei Antidrogas.



## **ADSTRACT**

The present work aims to find answers to the questions that involve the legal nature of article 28 of Law 11.343 / 06. The new Antidrug Law extinguished the penalty of restriction of freedom for the conduct of carrying drugs for personal use, however such a change raised questions in the legal community, since the Law of Introduction to the Penal Code establishes the penalty of restriction of freedom to characterize Criminal nature of the conduct. After analyzing the characteristics of the incriminating criminal standard and research through jurisprudence and doctrine, it was sought to clarify the problem presented. Among the authors researched, Greco Filho and Bitencourt claim that the conduct still has a criminal nature and therefore there was no decriminalization, since Luiz Flávio Gomes and João José Leal affirm that there was decriminalization. The conclusion is drawn from the jurisprudence of the Federal Supreme Court, Superior Court of Justice and the Court of Justice of São Paulo, in addition to the teachings of vast doctrine and the very norm. However, from the surveys it is concluded that the possession of drugs for own consumption was not a crime, but a decriminalization occurred, a softening of the sentence corresponding to the conduct stipulated in art. 28 of the Anti-drug Law, but the corresponding sanctions are among those provided by the Federal Constitution.

**Keywords:** Decriminalization, Decriminalization, Anti-Drug Law.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. LEGISLAÇÃO NACIONAL EM MEIO AO COMBATE ÀS DROGAS E A ESTIGMATIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS.....</b>	<b>15</b>
1.1 Análise histórica da legislação nacional que objetiva o combate às drogas.....	15
1.2 Análise da conduta do usuário na Lei 6.368/76 e na Lei 11.343/06.....	19
1.3 Análise do texto normativo do artigo 33 da Lei 11.343/06.....	24
1.4 Prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas.....	27
1.5 A estigmatização do usuário de drogas.....	28
<b>2. OS CONCEITOS DA NORMA PENAL INCRIMINADORA E DAS PENAS.....</b>	<b>32</b>
2.1 A norma penal incriminadora e a não incriminadora.....	32
2.2 O caráter punitivo da norma.....	33
2.3 A advertência aos efeitos do uso de drogas.....	38
2.4 Prestação de serviços à comunidade e medida educativa como alternativa de pena.....	40
2.5 Da prescrição.....	42
<b>3. O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....</b>	<b>44</b>
3.1 Posicionamento da doutrina.....	44
3.2 Posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao RE 430.105/RJ.....	48
3.3 Consequências ao cometer falta grave em execução penal.....	51

<b>3.4 Consequência da reincidência.....</b>	<b>55</b>
<b>3.5 A constitucionalidade do Art. 28 da Lei Antidrogas - RE 635.659/SP.....</b>	<b>57</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

As penas estipuladas no art. 28 da Lei nº 11.343/06, que punem quem adquire ou guarda consigo droga para consumo pessoal geram discussão na doutrina. Existe a dúvida se ocorreu uma descriminalização ou despenalização, já que a lei só previu penas restritivas de direito, tais como advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa, sem a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, diferente do que era previsto no dispositivo equivalente à conduta no diploma anterior.

O questionamento que se faz no presente estudo é se houve a despenalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal. A pena aplicada ao indivíduo que infringe o art. 28 da Lei 11.343/06 teria sofrido um abrandamento em relação ao dispositivo correspondente da lei anterior, portanto, levanta-se a hipótese de que tenha ocorrido a despenalização da conduta do mencionado dispositivo.

Raúl Cervini (CERVINI, 2002, p.81-82), alega que há a predominância em nações europeias de ocorrer a despenalização ou a descriminalização. Embora o autor não consiga abordar um conceito único de descriminalização, o termo seria similar ao de condutas emprestadas do Direito Penal. Então, o conceito seria dividido em descriminalização formal, descriminalização substitutiva e descriminalização de fato. O conceito de despenalização seria a diminuição da pena cominada a um delito sem tirar da conduta o caráter do ilícito penal (2002, p.85).

É feita uma abordagem da problemática envolvendo o art. 28 da lei 11.343/06, bem como sua natureza jurídica, uma vez que o dispositivo foi acolhido pela comunidade jurídica e social como sendo um meio de descriminalizar ou despenalizar a conduta do indivíduo que porta substâncias entorpecentes. Uma vez analisada a revogada Lei 6.368/76, nota-se uma aproximação e equivalência do art. 28 da atual Lei Antidrogas com o art. 16 da lei revogada. Assim, este estudo, busca compreender dentro de um contexto histórico, a evolução da política criminal tanto no sentido de criminalização quanto no seu oposto: a descriminalização no que tange ao usuário de drogas.

Seguindo a linha de raciocínio que de fato ocorreu a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo próprio, segundo LUIZ FLÁVIO GOMES, considerando que a medida aplicada a tal indivíduo não é penal, a conduta então deveria ser tipificada como sendo uma infração penal *sui generis* - são aquelas que não recebem as penas previstas para os crimes e para as contravenções.

O posicionamento do jurista João José Leal vai mais distante. O autor afirma ter sido criada uma terceira espécie de infração penal, rotulando-a de "descriminalização branca". Esta abordagem é minoria no assunto em questão e demais doutrinadores consideram que a infração em si não perdeu sua já consagrada natureza penal, mesmo que não tenha recebido a ameaça da penalidade da pena restritiva de liberdade.

O Estudo em questão se inicia no capítulo 1, buscando respostas consistentes na doutrina, realizando um apanhado geral da evolução histórica da fundamentação das penas, bem como suas funções e finalidades. Busca-se entender a Legislação nacional que objetiva combater o uso e tráfico de drogas, para tanto se faz uma análise das condutas de portar drogas para consumo pessoal e a de traficar drogas, ambas previstas nos artigos 28 e 33 respectivamente. É feita uma comparação do art. 28 da atual Lei Antidrogas e do art. 16 da Lei 6.368/76, com o objetivo de constatar as mudanças que ocorreram no novo diploma. Faz-se uma análise da evolução histórica no sistema nacional, até chegar-se a uma análise ampla comparando com normas internacionais que tratam da mesma matéria. Será levantada ainda a intenção do legislador de tomar medidas contra o tráfico de substâncias entorpecentes, tentando reprimir a comercialização de drogas. Levanta-se também a questão da estigmatização do usuário de drogas, visando discutir se criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal pode, por consequência, criminalizar o próprio usuário, estigmatizando-o.

Posteriormente, no capítulo 2, passa-se a analisar os conceitos da norma penal incriminadora e das penas. A proibição penal decorre puramente da norma. Os dogmas do Direito Penal requerem que a tipificação da norma seja feita de maneira objetiva, tendo em vista que tal conduta proibitiva deve estar escrita de maneira clara e objetiva no texto normativo - chamado de preceito primário da norma penal incriminadora. Já o preceito secundário que forma a norma penal diz respeito à prática de uma conduta de forma objetiva, a qual lhe é aplicada uma pena. Daí surge a proibição, cumulada com o elemento da conduta que gera a sanção. Em tópicos, analisa-se a norma penal incriminadora e a norma penal não incriminadora, buscando entender o caráter punitivo da norma. Discutem-se também os dispositivos que se referem ao instituto da advertência e da prestação de serviço à comunidade e medida educativa como alternativa de pena. A prescrição da imposição e execução de medidas descritas no Capítulo III, Título II da Lei 11.343/06 também toma espaço neste estudo.

No capítulo 3 será levantado o posicionamento da doutrina a respeito do porte de drogas para consumo pessoal, depois, a posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior

Tribunal de Justiça em relação ao RE 430.105/RJ - que trata da natureza jurídica da conduta de portar de drogas para consumo próprio. Em seguida, discutem-se as consequências da reincidência e ao cometer falta grave em execução penal. Para finalizar o capítulo 3, analisa-se a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, matéria em discussão no RE 635.659/SP. Esta análise tem por base conceitos gerais do direito penal bem como o posicionamento da doutrina e jurisprudência

Depois de discorrer, utilizando-se da doutrina e jurisprudência, verificando-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, busca-se uma resposta em conclusão ao estudo, buscando entender se houve descriminalização ou despenalização da conduta estipulada no art. 28 da Lei Antidrogas. A conclusão será um reflexo da análise feita sobre a doutrina e jurisprudência.

## **1. LEGISLAÇÃO NACIONAL EM MEIO AO COMBATE ÀS DROGAS E A ESTIGMATIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS**

Inicialmente será analisada a evolução histórica da legislação nacional que visa o combate às drogas, fazendo uma observação da legislação estrangeira. Posteriormente será analisada a conduta do usuário de drogas, estipulada nas Leis 6.368/76 e 11.343/06, fazendo-se uma comparação da conduta em ambas as leis. Depois, será feito um breve estudo na questão do tráfico de drogas, com uma pincelada no art. 33 da Lei 11.343/06, discutindo-se também a prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas. Por fim, discute-se a estigmatização do usuário de substâncias entorpecentes.

### **1.1 Análise histórica da legislação nacional que objetiva o combate às drogas**

A seguir será apresentado um apanhado histórico e evolucionar no contexto das legislações que visam o combate às substâncias entorpecentes. A análise é realizada comparando as normas brasileiras com observação às normas estrangeiras, já que estas serviram de base e influência que introduziram a lei no ordenamento nacional.

Apesar de que se tem conhecimento de que o uso de substâncias alucinógenas ilícitas ocorre há muito tempo, muito antes mesmo da cognição do grau de dependências dessas substâncias, foi apenas no século passado que se deu uma atenção jurídica a tal matéria. Houve, a partir daí, um movimento no cenário internacional de tentar frear a circulação e a venda de substâncias consideradas entorpecentes<sup>1</sup>. É preciso destacar que a legislação que proíbe a comercialização e o uso de substâncias entorpecentes é muito mais recente do que as normas que regulam outros crimes conhecidos no Direito Penal.

Inicialmente, com a introdução da Conferência de Xangai no ano de 1909 e posteriormente em 1911 com a Conferência Internacional do Ópio, o que se buscava era o controle da produção e comercialização do ópio.

No cenário nacional, o ponto de partida para a regulamentação de matéria semelhante se deu através do Decreto n.11.481 de 10 de fevereiro de 1915, que estipulou a adesão do país da Convenção Internacional do Ópio (RIBEIRO, 2012, p.26). Vicente Greco Filho explica que na década de 1930 houve o advento de novas Conferências que objetivaram

---

<sup>1</sup> Luciana B F Rodrigues ressalta que "a utilização de plantas psicoativas e alucinógenas pelos nativos em cultos indígenas e pagões era comum nos primórdios da colonização, tanto nas Américas como na Europa" (RODRIGUES, 2006, p.26-27).

cessar a dependência de substâncias ilícitas, o que resultou num freio à produção com objetivos científicos e medicinais.

Através de decreto promulgado no Brasil em 1964, o país aderiu a Convenção Única de Nova York<sup>2</sup>. Nesse viés, nota-se que a busca e aprimoramento no combate ao tráfico de drogas tornou-se mais severo. Inicialmente, o governo passou a dar atenção somente às substâncias entorpecentes de conhecimento popular (como o exemplo da maconha e da cocaína), deixando de lado as drogas de conhecimento mais recente, tais como LSD e anfetaminas (GRECO FILHO, 1984, p.35). No entanto, em 1971 o LSD e demais drogas de conhecimento mais recente passaram a ser reconhecidos como substâncias entorpecentes ilícitas de fato pela Convenção de Viena. Contudo, foi no ano de 1988 que as medidas de proibição e combate às drogas tornaram-se mais fortes e eficazes, fato ocorrido na Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ocasião em que houve a ratificação dos tratados anteriores e o comprometimento em aumentar os esforços no combate ao tráfico de drogas. (RIBEIRO, 2012, p. 21).

Porém, este modelo que ainda predomina no país, mostrou-se ineficaz e de alto risco social, motivo pelo qual é alvo de constantes críticas. Embora o Brasil seja um dos países que mais recebe críticas sociais dessa natureza, ele consegue lidar bem, de certa forma, com elas, pois é evidente que foram adotados modelos baseados num combate às drogas mais tolerante e com o objetivo de amenizar danos. (RIBEIRO, 2012, p.24).

Vicente Greco Filho (2009, p.61-62), relata que o código Penal nacional de 1890 qualificava como ato criminoso a comercialização das chamadas "substâncias venenosas" e sem autorização. Contudo, o autor afirma que tal dispositivo tornou-se obsoleto por não contemplar as expectativas para o qual foi redigido, já que o mesmo não foi muito eficaz.

Foi no ano de 1932, no governo de Getúlio Vargas, através do Decreto 20.930/32 que houve a regulamentação de dispositivos que tipificaram um rol de substâncias consideradas ilícitas e entorpecentes. Nesse mesmo diploma houve uma ruptura jurídica, pois foi quando a dependência química passou a ser tratada como uma doença, o que facilitou o tratamento e posteriormente o seu respectivo combate. (RODRIGUES, 2006, p.137-138).

O Estado nacional aderiu à diversas Convenções das Nações Unidas e estas tem influenciado de maneira bem concisa nas normas nacionais, visto que o Brasil se comprometeu desde o início, aderindo às Convenções e tentando reduzir o consumo

---

<sup>2</sup> Decreto nº 54.226 de 27 de Agosto de 1964.



desenfreado de drogas, usando para tanto de todos os meios possíveis e necessários, inclusive na repressão e combate através do Direito Penal.

Para ilustrar melhor no tocante ao comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, há o art. 281 do Código Penal de 1940, o qual mostra que a legislação tinha um interesse maior em combater, usando dos meios penais, o tráfico de drogas, e o usuário ou dependente químico era tratado como um doente. Dita o mencionado dispositivo:

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.

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

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

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

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

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

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

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

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

A já citada Convenção Única de Nova York trouxe um modelo do que era considerado substâncias entorpecentes. Este modelo foi seguido por Nações que aderiram à Convenção. Porém, o Brasil entrou no plano de combate às drogas e ao tráfico de drogas com medidas importadas de legislação estrangeira a partir do início da década de 1960, aderindo à Convenção Única de Entorpecentes de 1961 (RODRIGUES, 2006, p.142). Em seguida houve dois marcos importantes na história do país que tornaram a conduta do usuário muito mais gravosa do que se via na lei vigente na época. O primeiro foi o Decreto-Lei 385/68, que criminalizou a conduta do usuário ou dependente químico, tornando-se esta conduta, em termos penais e sanções penais, igual ao do indivíduo que comercializa substâncias entorpecentes. Por outro lado, a Lei 5.526/71 tendeu a amenizar os danos tentando promover

plano de recuperação ao dependente químico, reintroduzindo-o à sociedade. (RODRIGUES, 2006, p.144-146).

Tomando uma linha mais educativa e preventiva no quesito do combate ao uso de drogas, o Estado promulgou a Lei 6.368/76 que tornou extinta a citada Lei 5.526/71. Embora esta última promulgada mostrou um avanço social diferenciado, sobretudo a figura do usuário de drogas e do traficante, havia uma forte tendência na época a afirmar as medidas de "segurança nacional" (RIBEIRO, 2012, p.27).

Mesmo com a Promulgação da Lei 10.409/02, os ditames da Lei 6.368/76 tiveram longa vida, ainda que com a queda do Regime Militar - época da promulgação do mencionado diploma - e só foram substituídos pela atual Lei Antidrogas, Lei 11.343/06. A Lei 10.409/02 foi uma tentativa falha do Estado em implementar uma nova Lei nacional antidrogas, porém teve vetado alguns aspectos essenciais de seu texto e, dessa forma, a Lei 10.409/02 vigorou em paralelo à Lei 6.368/76 e ambas foram substituídas pela atual Lei Antidrogas. (GRECO FILHO, 2008, p.72 e 73).

Fazendo uma breve análise da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, tem-se que na primeira parte do texto normativo o legislador optou por trazer destaque aos direitos e garantias do usuário ou dependente de substâncias consideradas entorpecentes, bem como dos métodos e meios de prevenção ao uso dessas substâncias. Já a segunda parte do texto ficou destinada aos dispositivos destinados a tipificar a conduta dos indivíduos e a aplicação de sua respectiva pena.

A atual Lei Antidrogas teve em seu processo de criação influências sociais, ou seja, a mesma tentou trazer medidas sociais que estão ligadas ao fato de que o uso e tráfico de drogas afeta a sociedade direta ou indiretamente, aumentando a criminalidade e agravando os problemas de saúde pública. Ao dar uma, mesmo que breve pincelada na Lei em questão, são evidentes as três medidas apontadas por Vicente Greco Filho como pilares do combate ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes, são elas: Medidas Preventivas, Medidas Terapêuticas e Medidas Repressivas – as quais serão vistas detalhadamente mais à frente, no tópico que trata da prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas.

Assim, torna-se claro que a atual Lei Antidrogas aborda o problema das drogas de forma geral, e, por fim, procura uma solução viável. Diferente de legislações anteriores, as medidas com cunho mais social e humanitários buscam resgatar o dependente químico e trazê-lo de volta a sociedade. Na Lei 11.343/06, essas medidas não excluem a maneira rígida de combater o tráfico de drogas, usando para isso os aparatos mais severos do Direito Penal,

vez que no Brasil o crime de tráfico de substâncias entorpecentes é considerado crime hediondo.

## **1.2 Análise da conduta do usuário na Lei 6.368/76 e na Lei 11.343/06**

A seguir, será feito um comparativo no que se refere à conduta do usuário ou portador de substâncias entorpecentes para uso próprio, conduta esta estipulada na Lei 6.368/76 e na atual Lei Antidrogas - Lei 11.343/06. O atual tópico tem sua base de discussão na problemática envolvendo essa conduta e, mesmo que ela esteja regulamentada pela Lei 10.409/02, esta não entra na discussão das páginas seguintes por entender que sofreu diversas modificações e vetos que a tornaram com efeito poluído e, portanto, não merece ser analisada no nível das Leis de 1976 e de 2006.

A lei 11.343/06 qualifica o usuário ou portador de drogas em seu artigo 28, o qual possui e seguinte redação:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II – multa

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

Já a lei 6.368/76 teve a seguinte redação em seu artigo equivalente, sendo o artigo 16, *in verbis*:

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

Nota-se a inovação da expressão usada para representar o elemento subjetivo tipo no art. 28 da atual lei em relação ao artigo 16 da lei de 1976. Logo, temos que a maior determinante que enquadra a conduta do indivíduo passou a ser representada pela locução "consumo pessoal", excluindo a anterior expressão "uso próprio". Greco Filho (2009, p130) entende que essa diferença torna-se mais evidente no enquadramento do indivíduo em condutas nos crimes com menor gravidade.

Em relação a conduta do usuário, o legislador incluiu na atual lei as condutas das formas de ter em depósito e transportar consigo drogas, condutas estas que na lei 6.368/76 estavam contidas no crime de tráfico de drogas (SOUZA, 2007, p27). Explicam Mendonça e Carvalho (2008, p.50), que ambas as condutas já existiam no antigo diploma com os verbos "guardar" e "trazer consigo". Mendonça e Carvalho afirmam que não houve nenhuma mudança no significado das expressões "uso próprio" para "consumo pessoal", entendendo um perfeito sinônimo entre ambas.

Houve a mudança da expressão "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" pela curta expressão "drogas" no novo diploma. Utilizou-se essa expressão pois a mesma é utilizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS. Entende-se que a expressão anterior poderia causar confusão em sua interpretação atual, já que outras substâncias legais como taurina ou cafeína poderiam ser enquadradas no enunciando. Há uma lista do que a OMS considera substâncias enquadrados no termo "drogas", sendo assim, a sistemática do diploma nessa matéria seguiu a orientação do Poder Executivo no que diz respeito a essa listagem.

Entretanto, a mudança de maior impacto no novo diploma foi a extinção da pena privativa de liberdade que, no diploma de 1976, estava destinada ao usuário e portador de

drogas. Em contrapartida, foram criadas no lugar das penas que privam a liberdade as medidas educativas, prestação de serviço à comunidade e advertência, o que acabou distinguindo de maneira categórica as figuras do traficante e do usuário de drogas.

Essa mudança teve uma alteração significativa também no que diz respeito ao uso e combate de substâncias entorpecentes. A distinção entre o indivíduo que vende a droga daquele que a compra se tornou mais evidente do que a diferença de pena destinada a conduta de cada uma das mencionadas figuras. Sendo assim, Mendonça e Carvalho (2008, p.20) explicam que a Lei 11.343/06, diferente do diploma que a antecede, faz uma diferença visível entre as medidas de repressão ao tráfico de drogas e as medidas educativas com destaque no combate ao uso de drogas. Tal diferença é notada em toda a lei e não apenas nos artigos 28 e 33.

Um dos exemplos dessa nova medida social apresentada pela lei 11.343/06 é o Capítulo II do Título II, que trata das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção à sociedade de usuários e dependentes químicos. Contido no mencionado Título, encontra-se o artigo 24 que é a principal medida dessa nova abordagem social antidrogas. Dita o artigo a respeito de benefícios a entidades privadas que promovem e incentivam programas sociais para a reinserção social de usuários e dependentes químicos:

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

É evidente a tentativa do estado de amenizar os danos causados envolvendo a saúde pública no quesito do uso de substâncias entorpecentes.

Em seguida, de acordo com o artigo 26 do mesmo diploma, tem-se o exemplo de medidas sociais como forma de acompanhamento do usuário ou dependente químico, mesmo aqueles que se encontram cumprindo penas restritivas de liberdade, no que se refere aos serviços de saúde pública. *In verbis*:

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

Ao analisar a temática dos artigos supramencionados, em síntese, a lei 11.343/06 foi eficiente em eliminar algumas medidas puramente repressivas e agregar maior número de medidas de prevenção e tratamento de usuários e dependentes químicos, tornando-se assim, um diploma com caráter mais social e educativo.

De acordo com o pensamento do Professor Luiz Flavio Gomes, em seu artigo publicado a respeito da “Nova Lei de Tóxicos”, o art. 28 do mencionado diploma nada mais é do que a descriminalização do que se vem buscando há anos banir, ou seja, o uso indevido e inconsequente de substâncias entorpecentes ilícitas, as quais causam sérios danos a curto, médio e longo prazo ao usuário e à sociedade.

Essa concepção do Professor Gomes não pode ser descartada, no entanto entende-se que o art. 28 da lei 11.343/06 apenas quer resgatar e ressocializar o usuário e dependente químico que antes se encontrava em situação de um criminoso em potencial de fato, estigmas impostos pela própria sociedade. Diz-se isso, pois, a maioria dos usuários acaba deteriorando suas vidas e, por fim, cometendo crimes como furto e até roubos qualificados para sustentar seu vício. Nesse contexto, o art. 28 tenta recolocar este indivíduo na sociedade antes que o mesmo chegue a cometer tais delitos. Ainda, neste pensamento, Sergio Ricardo de Souza afirma que é inviável o encarceramento de todo e qualquer usuário ou dependente de drogas, pois entende-se que é mais eficiente criar formas de mostrar ao dependente que estar em comunidade e a par dela é mais valoroso do que simplesmente tentar manter seu vício.

Há que se levar em consideração o § 1º do art. 28 da Lei 11.343/06, o qual prevê a possibilidade do usuário ter, além da droga pronta para consumo, a plantação de sua matéria prima, seja ela qual for. Toma-se o exemplo da *cannabis sativa* (maconha): Supõe-se que a pessoa tem uma planta de *cannabis* em sua casa para cultivo e posterior uso, antes da introdução do § 1º do art. 28, o acusado poderia facilmente ser enquadrado no crime de tráfico de drogas, porém com a redação deste dispositivo, o indivíduo passa a ser considerado um mero usuário ou dependente de drogas para efeitos penais.

É o que explica o Professor Clóvis Alberto Volpi Filho: O cultivo e a colheita de plantas com fim de produzir substâncias entorpecentes, em pequena quantidade e destinada apenas para uso próprio, equiparam-se a contravenção de consumo ou posse de drogas. Após a redação da lei 11.343/06, para a conduta de estar em posse ou estar consumindo substâncias entorpecentes deixa de ser lavrado o Auto de Prisão em Flagrante, sendo que tal conduta, de acordo com a Lei 6.368/76, autorizava a autoridade policial a autuar em flagrante delito meros usuários de drogas e, assim, estes passariam a cumprir sua pena em regime fechado. Portanto, a partir do novo diploma, os indivíduos detidos por uso ou posse de drogas, passam a responder um Termo Circunstanciado e, após audiência em juízo, passam a cumprir penas alternativas, que não seja a de restrição de liberdade.

Houve uma forte ruptura com a cultura antidrogas do país, onde antes um possível dependente químico tinha sua liberdade privada por estar tentando ostentar seu vício, quando

na verdade precisava de orientação conveniente ou, em casos mais avançados, intervenção para internação. De forma mais clara, através dos ensinamentos do Professor Clóvis Alberto Volpi Filho, temos que:

A nova lei sancionada tratou de pôr fim a uma anomalia existente na antiga lei. Antes, o sujeito que cultivava uma planta de maconha para uso próprio poderia responder pelo crime de tráfico, pois essa conduta não diferenciava aquele que plantava para o tráfico daquele que cultivava para uso. Chegou-se a ponto de criar uma ponte invisível, ferindo o princípio da legalidade, tipificando tal conduta no art. 16, da Lei n. 6.368/76, justamente para harmonizar a conduta com a sanção. Passasse, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena privativa de liberdade (art. 28, § 1º, Lei Anti-Droga). Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio. (VOLPE FILHO, Clóvis Alberto. *Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogass*).

Importante levantar a análise do promotor e professor José Carlos Pagliuca, o qual aponta certa imprecisão provocada pelo legislador no momento da redação do art. 28, sendo que muitas vezes este dispositivo é tratado como um artifício de penalização bastante brando, já que o autor da conduta tipificada lida com substâncias entorpecentes de alto grau tóxico. Na prática, o dispositivo citado causa dúvidas que tornam um risco ao veredicto do processo, já que, para José Carlos Pagliuca, esta parte da lei ficou imprecisa no âmago do seu texto. Tornam-se assim importantes as palavras do professor em seu artigo “Sumário penal e processual sobre a nova lei de tóxicos”:

A primeira celeuma, seguramente, diz respeito à tipificação sobre a conduta do indivíduo considerado usuário de drogas. Pratica-se ou não conduta infracional criminosa? A doutrina já está se manifestando dubiamente, situação que seria totalmente adiáfora se o legislador fosse mais claro e preciso. (PAGLIUCA, José Carlos G. *Sumário penal e processual sobre a nova lei de tóxicos*).

Buscando novamente a posição de Luiz Flávio Gomes, importante mencionar que o inciso I do art. 28 não pode ser usado pela jurisprudência isoladamente, senão seria de fato o objetivo de tornar legal o uso de substâncias entorpecentes. Sabe-se que não é esse o objetivo do legislador nem da jurisprudência, pois tal inciso é aplicado isoladamente como única sanção penal em casos extremos, quando o indivíduo se encontra em extrema pobreza e está impossibilitado de cumprir uma sanção que torna obrigatório o uso de sua provável remuneração.

Salienta-se que os dispositivos que se referem à conduta de consumir ou portar drogas para uso pessoal previstas nos diplomas de 1976 e 2006, acima mencionados, são distintos um do outro. É notável a mudança de expressões para qualificar uma conduta em relação a lei anterior, porém, para alguns doutrinadores, algumas dessas expressões se

equivalem. É pacífico o entendimento de que as mudanças de expressões ou termos jurídicos foram necessários para acompanhar o desenvolvimento da linguagem jurídica, tornando-se acessível sua interpretação para os tempos modernos.

Contudo, a diferença mais marcante no novo diploma se refere justamente à pena aplicada ao usuário ou dependente químico, extinguindo as penas de restrição de liberdade e trazendo penas alternativas com caráter educativo. Sergio Ricardo de Souza<sup>3</sup> trabalha esse assunto com destreza, ao afirmar que, embora o tráfico de drogas seja financiado pelos usuários, não são estes que devem sofrer as mesmas sanções que os indivíduos que encabeçam o crime. O autor afirma também que o sistema carcerário já não suporta com eficiência a situação dos encarcerados em condições atualmente conhecidas, portanto, caso aprovado o encarceramento de todo e qualquer indivíduo que fosse flagrado com qualquer quantidade de substâncias ilícitas o sistema carcerário iria se encontrar em uma situação de superlotação e de difícil controle sobre os encarcerados por parte do Estado. Dessa forma, Sergio Ricardo de Souza conclui que os gastos que seriam destinados a manter um encarcerado por portar ou usar drogas deveriam ser destinados em medidas políticas preventivas ao uso de drogas, ou em medidas educacionais visando mostrar os males que as drogas causam.

### **1.3 Análise do texto normativo do artigo 33 da Lei 11.343/06**

O art. 33 da lei de tóxico é muito comentado e apresenta diversos fatores que acaloram discussão no sistema penal nacional, entendendo assim que merece um espaço neste estudo.

O dispositivo legal destinado a qualificar a conduta do tráfico de drogas na atual Lei Antidrogas traz algumas inovações em relação ao artigo correspondente da lei anterior, sendo uma delas a diminuição de pena para quem induz ou instiga o uso de substância entorpecente à outro sem objetivo de obter lucros – conforme § 2º do art. 33. Entre outras inovações, há também a diminuição de pena para quem oferece para uso conjunto de substâncias tóxicas, conforme estipulado no § 3º art. 33, da Lei 11.343/06, *in verbis*:

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

---

<sup>3</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo. *A nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência*. 2º ed. Niterói: Impetus, 2007



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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Lei 11.343/2006).

O foco do art. 33, para o legislador, é trazer dinâmica no cumprimento da pena pelo infrator, porém, sem deixar margem para que ele cumpra meras penas de restrição de direito.

Os dispositivos subsequentes ao art. 33 tratam da produção de substância entorpecente destinada ao tráfico, associação e financiamento do crime em questão. Estipulam os artigos:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei

A nova lei de drogas procurou trazer crimes e tipificações penais que a antiga lei não dispunha, como o caso do financiador - art. 36, e do informante, qualificado no art. 37, *in verbis*:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei. (Lei 11.343/2006).

Dessa forma, percebe-se que ao longo de seus enunciados, os artigos supracitados sempre mencionam a principal conduta do art. 33, que é o tráfico de drogas.

Uma das modificações mais importantes que foi percebida no art. 33 é o aumento da pena mínima estipulada para cinco anos, sem deixar de notar o acréscimo da pena de multa aos então traficantes ou vendedores de drogas. Com a ampliação da pena mínima, houve a impossibilidade de regime inicial aberto nos casos de aplicação do art. 33 para a mencionada conduta.

Conforme mencionado, o §2º do art. 33, apresenta um aparato de diminuição de pena para o agente que de alguma maneira incentiva ou concorra para a utilização de droga indevida por terceira pessoa. Dessa forma, o mencionado dispositivo traz inovação também no quesito de diminuição da pena do incentivador, estipulada de 1 à 3 anos, e mantêm uma pena de multa parecida com a da lei anterior.

Em relação à diminuição da pena ao incentivador do uso de drogas, tem que ser levado em conta que há mais de trinta anos atrás, quando ocorreu a redação da lei anterior, a conscientização a respeito do uso de drogas não era tão relevante quanto à dos dias atuais.

Existem na Lei 11.343/06 alguns artifícios de extrema importância para que o réu procure um abrandamento de sua pena quando apresentar ter bons antecedentes ou for primário. Porém, é evidente a vedação da possibilidade da conversão das penas de prisão e detenção em penas restritivas de direito, proibindo a redução descrita no § 4º do art. 33 do mencionado diploma, para agentes que se dispõe a entrar em organizações criminosas destinadas ao narcotráfico. A redação do § 4º leva em consideração a maior periculosidade dos indivíduos qualificados neste crime.

Percebe-se, contudo, interesse por parte do legislador em promover alternativas ao infrator, sem deixar de extrair o a natureza criminal do dispositivo.

#### **1.4 Prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas**

Quanto às políticas de prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas, vê-se um crescimento perceptível em campanhas que alertam dos efeitos em relação ao uso de substâncias entorpecentes. Fator importante, pois o acesso ao mundo das drogas tornou-se muito fácil, sendo que tal conduta já ocorre na fase adolescente, em escolas principalmente. A curiosidade provoca os jovens de hoje em dia e os mesmos querem fazer uso de experiências novas e que os tornam inclusos em determinado grupo social. Frente a isto está o uso de substâncias entorpecentes, as quais, cientificamente comprovado, causam dependências físico-psíquicas, umas mais que as outras. Portanto, o Estado vem buscando promover campanhas de combate ao uso destas substâncias já dentro de escolas e até mesmo dentro dos lares com o uso da mídia, fato que deve ser recebido pelas autoridades públicas competentes com maior importância, observando os índices de crescimento do uso de drogas.

A reabilitação para os dependentes de drogas, na prática, apresenta uma série de problemas, seria muito fácil para qualquer dependente químico se apenas fosse à uma clínica de reabilitação e, após passar pelo então processo, sairia desintoxicado e jamais voltaria a fazer uso de qualquer droga. Porém, a realidade é muito mais severa, entre um dos entraves há a questão de que não existe a possibilidade de total monitoramento e controle dessas clínicas pelo Estado. Ainda, o internado tem que ter a intenção de passar pelo processo de reabilitação e posteriormente precisa ficar longe do uso das mesmas substâncias que o levaram ao processo em questão. Entende-se, dessa forma, que as clínicas de reabilitação servem como aparato de pena alternativa ao indivíduo enquadrado no art. 28 da lei 11.343, amparado pelo seu inciso III.

Existe também a tentativa de frustrar o mundo do tráfico, a fim de evitar a função de traficantes. Como o exemplo, pode ser exposto o policiamento ostensivo que vem tentando combater a prática do tráfico de drogas, sem deixar de notar também o trabalho de investigação da polícia judiciária. Embora o combate ao tráfico de drogas seja considerado na prática uma utopia, é uma das ferramentas que o Estado possui para frear os efeitos que tal crime provoca no meio social.

É importante salientar quais as medidas que são usadas para o combate ao tráfico de drogas. Por questões didáticas, Vicente Greco Filho (1984, p.25) divide estas medidas em três correntes distintas, a saber: a primeira delas diz respeito aos métodos de prevenção ao uso de drogas, em seguida as medidas terapêuticas e, por fim, os meios necessários que serão utilizados no combate e repressão ao uso e tráfico de drogas. O autor destaca ainda que devem

ser analisados ambos os lados de uma relação que envolve o tráfico de drogas, ou seja, quem fornece e quem compra.

As medidas preventivas, em relação ao usuário de drogas, têm o objetivo de evitar que ele se torne um dependente químico, ou até mesmo evitar que faça o uso de determinada substância ilícita. A prevenção ocorre, principalmente, através da informação dos males causados pelas drogas. Já, em relação ao tráfico de drogas, a prevenção ocorre no controle das drogas e na distribuição destas.

Uma vez falhados os métodos preventivos focados no usuário, faz-se uso dos métodos terapêuticos. Estes têm a finalidade de recuperar o dependente químico através de tratamentos que facilitem sua reinserção no meio social.

Por fim, quando se exaurem todas as ferramentas contidas nas medidas preventivas e terapêuticas, utiliza-se a força estatal, por meio bem mais evidente dessa vez do Direito Penal através das medidas de repressão<sup>4</sup>. Com relação a estas medidas, a justificativa de utiliza-las baseia-se na repressão ao tráfico de substâncias entorpecentes e aos indivíduos que tentam, de alguma forma, contribuir para o aumento da disseminação social através do aumento desenfreado do uso de drogas, o que resulta na maximização do "mal social que é a toxicomania" (GRECO FILHO, 1984, p.32). Em tal circunstância, Greco Filho afirma que as medidas repressivas têm característica penal quando a sanção corresponde à pena administrativa ou se tiverem a finalidade repressiva destinada ao desvio ou abuso da autorização na "produção, manuseio ou distribuição de substâncias controladas", uma vez que ocorre este abuso, de imediato se cancela a autorização.

Contudo, é por meio das medidas de repressão que se situam os maiores debates divergentes no quesito do papel do Estado e quais seus meios utilizados para combater o tráfico de drogas e dizimar o vício que assola esse meio.

### **1.5 A estigmatização do usuário de drogas**

Destaca-se nesse estudo um espaço dedicado às dificuldades que um usuário ou dependente químico possa encarar em relação a uma sociedade que já tem em seu âmago pré-estabelecida a figura do usuário de drogas relacionado a um criminoso tal qual o vendedor da mesma substância - o traficante.

---

<sup>4</sup> Luiz Régis Prado explica que bem jurídico é "um ente material ou imaterial haurido no contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido" (PRADO, 2008, P.247).

O modelo de proibição ao uso de drogas, adotado pela maior parte das nações, mostrou-se um tanto quanto complexo, as opiniões são divididas em relação à proibição ou não ao uso de drogas.

Alguns países têm buscado a descriminalização ao uso de substâncias entorpecentes com o objetivo de reduzir os efeitos que a política de combate às drogas vem provocando. Para a sociedade brasileira, o indivíduo que usa drogas é considerado um criminoso comparado a um traficante. Embora a Lei 11.343/06 tenha inovado em excluir a possibilidade de restrição da liberdade para a conduta de usar ou portar substâncias entorpecentes para consumo pessoal, as políticas estatais rígidas no combate ao tráfico de drogas respingam no indivíduo que pratica conduta do art. 28 do mencionado diploma e tal política pode ferir o princípio da lesividade. Explica Luigi Ferrajoli que o princípio da lesividade constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito, ou seja, a natureza do resultado ou dos efeitos que produz. A necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos. O autor completa afirmando que apenas as proibições podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes (da mesma forma que se dá em relação às penas), no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, p. 427-428).

Embora a tentativa de combater as drogas tenha se intensificado no mundo inteiro, o comércio de tais substâncias e seu uso também se intensificaram e, em consequência, ocorreu um aumento na violência atrelada ao proibicionismo<sup>5</sup> do uso de drogas. Como alternativa, algumas nações adotaram uma diminuição da pena para a conduta típica do uso e porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal.

Como se não fosse suficiente a recorrência dos problemas do uso de drogas, novos entraves surgiram pela própria proibição. Entre eles, é possível verificar o aumento do crime organizado, a superlotação dos presídios, tendo em vista que é o próprio tráfico de drogas crime responsável por um terço da massa carcerária do país<sup>6</sup>. Ainda, pode ser verificada a

---

<sup>5</sup> " Tudo começou com o proibicionismo de origem moralista nos EUA e na Europa na década de 20 (século XX). Grupos morais radicais (de fundo religioso), nesse tempo, conseguiram levar para o campo legal (e penal) incontáveis proibições relacionadas às drogas" - GOMES, Luiz Flávio, *Proibicionismo das Drogas*. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932534/proibicionismo-das-drogas>, acesso em 15/05/2017.

<sup>6</sup> De acordo com pesquisa do Jornal online G1, 32.6% da massa dos presídios no país responde pelo crime de tráfico de drogas. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghhtml>. Acesso em 15/05/2017.

marginalização dos usuários, que são vistos pelos olhos da sociedade como criminosos ou doentes.

Em análise geral, criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal traz a consequência de criminalizar o próprio usuário, reafirmando um estigma pré-estabelecido que havia se instalado sobre ele. Leva-se em consideração que, em uma sociedade criminalizadora, os modos de tratamento ao dependente químico ficam afastados e por consequência alguns dispositivos de lei se tornam sem efetividade. Apesar da previsão na atual Lei Antidrogas de políticas de reinserção do indivíduo que pratica conduta do art. 28, mediante tratamentos e princípios que amparam à dignidade do ser humano, de maneira cultural, a sociedade brasileira ainda é um exemplo de modelo proibicionista e criminalizador do usuário de drogas.

Ao concluir essa etapa, podemos notar que, depois de comparar as normas brasileiras e estrangeiras recepcionadas no país referente à legislação de drogas, a nova Lei Antidrogas apresenta uma tentativa de reinserir o indivíduo na sociedade, sem, no entanto, deixar de tomar medidas severas ao crime de tráfico de drogas. Ao comparar ambos os dispositivos que se referem à conduta de usar ou portar drogas para consumo pessoal nas Leis 11.343/06 e Lei 6.368/76, concluiu-se que, dentre as sanções previstas no art. 28 da Lei de 2006, não há previsão de restrição de liberdade, diferente do art. 16 do diploma de 1976. Ao analisar o art. 33 da Lei 11.343/06, constatou-se que o dispositivo buscou majorar a pena para quem pratica o tráfico de drogas, no entanto, diminuiu a pena para quem induz ou instiga o uso de drogas a outro sem objetivo de obter lucros e para quem oferece droga para uso conjunto.

Em relação às políticas de prevenção, é perceptível uma tentativa do estado para prevenir o uso de drogas. O combate ao uso e tráfico de drogas, por sua vez, é visível no policiamento ostensivo e, mesmo que a possibilidade de dizimar completamente essa prática criminal esteja longe de se alcançar, é a forma que o Estado usa para tentar impedir seu alastramento. Por fim, levantou-se a questão da estigmatização do usuário de drogas, o qual se depara com as dificuldades de uma sociedade que o criminaliza, vinculando sua conduta à do traficante, quando na verdade o mesmo deve ser tratado e reinserido na sociedade, conforme estipulado na atual Lei Antidrogas.

Em seguida será feito um estudo sobre a norma penal incriminadora e a norma penal não incriminadora, buscando entender o caráter punitivo da norma. Será discutida a advertência como pena alternativa ao indivíduo que for flagrado fazendo uso ou portando drogas para consumo pessoal. Depois, busca-se entender o conceito a respeito da pena de

prestação de serviços à comunidade e medida educativa, ao final, discute-se o instituto da prescrição para os crimes estipulados na Lei 11.343/06.

## **2. OS CONCEITOS DA NORMA PENAL INCRIMINADORA E DAS PENAS**

Analisa-se a Legislação penal, abordando os conceitos do Código Penal e da Lei de Introdução ao Código Penal. Levanta-se um estudo a respeito da norma penal incriminadora e da norma penal não incriminadora, diferenciando-as através dos seus conceitos. Será feita uma análise do caráter punitivo da norma, trazendo as características gerais do direito penal e em seguida será feito um levantamento sobre a medida de advertência como pena alternativa ao usuário de drogas, fazendo uma análise histórica para entender seu conceito e sua função na lei 11.343/06. Para complementar o rol de penas alternativas estipuladas no art. 28 da Lei Antidrogas, busca-se ainda, entender o conceito ao redor da medida de prestação de serviços à comunidade e medida educativa como alternativa de pena apresentada ao réu, medida que deve ter caráter de utilidade pública. Ao final, serão levantados alguns conceitos no que diz respeito ao instituto da prescrição estipulado na Lei Antidrogas e no Direito Penal.

### **2.1 A norma penal incriminadora e a não incriminadora**

O direito penal se distingue dos outros ramos do direito devido à gravidade e extensão das sanções nele contidas caso uma norma seja transgredida, considerando-se que o bem tutelado pela norma no direito penal é muito mais expressivo do que os bens tutelados nos demais ramos do direito. Sendo assim, é preciso identificar a fonte imediata para entender a norma penal incriminadora.

Rogério Greco (2008, p. 21-22) explica que existem dois tipos de normas penais, a incriminadora e a não incriminadora. O autor afirma que as normas penais não incriminadoras são aquelas contidas em algum diploma legal do direito penal que tem como conteúdo sanções diferentes de uma sanção penal. Como exemplo, esta norma pode ter o objetivo de expressar um princípio do direito penal ou até mesmo pode ter um caráter exemplificativo ou informativo. Portanto, nem toda norma penal impõe uma sanção a determinada conduta, ela pode ter também o objetivo simples de informar, estabelecer ou reafirmar princípios, como o caso do art. 1º do Código Penal, o qual prevê que “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”. Já, por sua vez, a norma penal incriminadora está subdividida em quatro ramos, a saber: a) tornar lícitas



determinadas condutas; b) afastar a culpabilidade do agente, erigindo causas de isenção de pena; c) esclarecer determinados conceitos; d) fornecer princípios gerais para a aplicação da lei penal.

Anibal Bruno de Oliveira Firmo explica que a norma penal é a vontade do Estado no que diz respeito à definição das sanções aos fatos considerados puníveis. Partindo da premissa de que a lei é a fonte do direito penal, tal lei deve ter "característica proibitiva, mandamental, permissiva, explicativa ou complementar" (BITENCOURT, 2011, P.157). Portanto, a norma penal incriminadora é a norma penal *stricto sensu*, porém, as demais normas penais que não exprimem uma sanção propriamente dita, não podem ser descartadas do ordenamento já que tem o objetivo de explicar, ensinar ou orientar sobre a matéria, bem como de traçar uma forma de aplicar as normas penais incriminadoras, impondo limites e buscando a proteção dos bens jurídicos.

No que toca a norma penal em sentido estrito, as normas penais incriminadoras têm o objetivo de definir a conduta incriminadora e, a partir daí, apresentar sua sanção, o que para os crimes de conduta omissiva, pode proibir ou impor. (BITENCOURT, 2011, p.158). Em virtude deste princípio, estas normas demonstram uma evolução técnica e legislativa que definem que a norma penal incriminadora é o preceito primário da norma, o qual estabelece a conduta. Já o preceito secundário da norma estabelece a sanção, o qual será analisado a seguir.

## **2.2 O caráter punitivo da norma**

Em seguida analisar-se-á o preceito secundário da norma penal incriminadora, as penas. Antes de discutir a respeito das penas direcionadas a conduta do indivíduo que usa ou porta substância entorpecente para consumo pessoal, é preciso fazer um apanhado das características gerais do direito penal. No que se refere à conduta em questão, a discussão ainda é centrada em divergências, pois com a introdução da Lei 11.343/06 o tema tomou grandes proporções.

Cesare Bonesana Beccaria estabelece alguns panoramas essenciais que são necessários introduzir em qualquer pena ou sanção para que esta não seja uma retaliação social contra um indivíduo em processo de julgamento. Beccaria afirma que toda pena deve "ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, proporcional ao

delito e ditada pelas leis" (BECCARIA, 2011, p.147). Entende o autor que ninguém faz o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando o bem comum. O depósito destas liberdades seria a lei, a qual, de acordo com o Beccaria, não é o suficiente para evitar o despotismo. Em razão deste fato, foram criadas penas para estas leis. Estas penas devem ser sensíveis, pois, deste modo, impediriam que as razões pessoais superassem o bem comum. Quando não houver este fundamento, não haverá justiça e nem poder de direito. Beccaria conclui explicando que são considerados delitos somente ações que tendam à destruição da sociedade ou aos que a representam, ações que afetam o cidadão quanto à existência, bens ou honra, ou ações que executem atos contrários aos determinados em lei ou executem atos que a lei proíbe – visando o bem público.

Para Henry Goulart, a evolução da pena está atrelada aos fatos históricos que remetem a ações dos homens contra interesses de um determinado grupo. A pena tinha uma função de reparar o dano causado como uma forma de castigo. No entanto, surgiram novas ideias a partir de concepções mais liberais, levando a teorias absolutas que tinham o objetivo de achar o senso de justiça contido na pena, enquanto as demais teorias (utilitárias, relativas e realistas), prezavam a ordem jurídica puramente dita. Contudo, atualmente o direito penal busca a recuperação e reinserção do infrator ao meio social, embora ainda esteja atrelado à concepção da retribuição.

Miguel Reale Júnior explica a teoria da retribuição da pena como sendo "uma privação de direitos cominada pela lei penal e aplicada pelo juiz ao condenado que a ela deve-se submeter" (2004, p.43). Lembra o autor que o processo penal, propriamente dito, já seria um constrangimento tamanho que denigre a imagem do réu que deve submeter-se às obrigações que lhe são impostas pelo Estado. Reale Jr. afirma ainda que, para a teoria da retribuição, toda pena é considerada pelo acusado como um castigo e jamais possui caráter educativo. Até mesmo do ponto de vista da sociedade e da própria vítima, a pena aplicada ao réu é considerada um mero castigo, já que a mesma possui caráter vingativo - mesmo que a "vingança" seja perpetrada pelo poder Estatal no uso de sua força monopolizada.

Claus Roxin explica que, para que uma pena seja legítima, é preciso analisar os efeitos da mesma, pois ela deve assegurar os bens jurídicos e manter a ordem social. Roxin afirma que o direito deve estipular qual a maneira que a pena será aplicada para atender aos requisitos do Direito Penal. (ROXIN, 1997, p. 81). O autor entende que, de acordo com a teoria retributiva, a pena não é a busca de um fim social, mas a imposição de um mal

merecido ao infrator que teria sua conduta anulada após cumprir sua pena. Sendo assim, a teoria retributiva limita o poder do Estado de punir, aplicando uma espécie de função liberal de proteção da liberdade (ROXIN, 1997, p. 84).

No entanto, devido às diretrizes funcionais do direito penal moderno, a teoria retributiva não possui mais um pilar de sustentação. Uma pena que tem a finalidade de punir sem ressocializar o indivíduo, não pode ser uma pena legítima, de acordo com a missão protetiva do direito penal (ROXIN 1997, p. 84). Conclui Roxin alegando que a teoria retributiva não contempla os princípios da ressocialização, portanto, não pode servir de modelo penal numa sociedade com a intenção de reparar danos sociais (ROXIN, p. 103).

A pena é o segundo elemento em que se baseia o direito penal, sendo uma sanção específica que a caracteriza. No direito penal a sanção caracteriza o meio jurídico que objetiva evitar a transgressão e imperícia de uma determinação por meio de uma pressão psicológica com características de reação e repressão (BATTAGLONI, 1949, p 517). Segundo Battagloni, a pena pode ser caracterizada como sendo formal - seria uma consequência jurídica que a lei impõe de maneira expressa ao infrator, e substancial - a pena seria definida como o meio aflitivo<sup>7</sup> que o órgão estatal aplica ao agente que cometeu o delito<sup>8</sup>.

Com a evidente evolução histórica podemos notar o crescimento da intensidade aflitiva da pena, uma vez que, por muito tempo as penas não eram proporcionais ao delito cometido, o que acabou mudando com o advento da escola italiana nos estudos do direito penal, tornando as penas cada vez mais proporcionais ao crime (BATTAGLINI, 1949, p 520-522). Battaglini usa a mesma linha de raciocínio de Beccaria, ao dizer que na vida em sociedade há valores e interesses sociais e individuais que o Estado deve tutelar de forma particular e deve assegurar o cumprimento das normas que os tornem efetivos. Battaglini conclui afirmando que essa tutela pode ser alcançada de duas maneiras: premiando quem observa a norma ou punindo quem a transgride, sendo que é através da pena que o Estado pune quem não observa a norma.

---

<sup>7</sup> “Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2003, p. 332)”

<sup>8</sup> GARCIA, Basileu, Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II, 1º edição, São Paulo: Max Lumonad editor de livros de direito, 1952.

Battaglini afirma que é através da pena que o Estado tenta assegurar a observância da norma, considerando que esta é decisão necessária ao bem da sociedade, logo que as demais tutelas do direito não alcançam algumas das violações da norma - toma-se como exemplo o delito. Um dos pressupostos da pena é a culpabilidade, que é uma consequência da ação delituosa. Explica Dotti (1890, p. 155), que a pena deve ter um caráter de devolver de acordo com a lei a culpabilidade do agente infrator, o que leva a afirmativa de que a culpabilidade é a fundamentação e o limite da pena.

De forma geral, a culpabilidade se refere à capacidade de o agente responder pelas suas atitudes e atos. Não se pode mencionar a culpabilidade sem levantar a questão da tipicidade (PRADO, 2008, p 365).

É irrelevante levantar a questão da responsabilidade jurídica sem mencionar a liberdade jurídica, ambas estão ligadas, já que o cidadão tem a norma ao seu acesso e deve obedecê-la. É importante mencionar a culpabilidade no sinônimo de reprovabilidade quando há o instituto da exigibilidade da conduta diversa que está contida em um indivíduo que entenda os termos e se preste a seguir os ditames da norma. Dessa forma, é possível identificar os três elementos da culpabilidade, a saber: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Devido às suas diversas funções, a pena é considerada necessária. Entre suas funções, a pena previne o delito, uma vez que a observação da norma pela sociedade é a evidência de que o delito está sendo prevenido. É o que explica Dotti (1980, p. 166), na esfera jurídica, a pena se justifica pelos fins que persegue. A teoria da retribuição explica a teoria dos fins da pena da seguinte forma: a aplicação da pena dependia da necessidade ética da justiça, deixando a prevenção como segundo plano. Atualmente, a teoria que vigora é a de que a pena deve ser proporcional ao delito, havendo a culpabilidade do agente, motivo pelo qual ainda se vê presente a essência da teoria da retribuição da pena. Portanto, o que se procura atualmente é limitar a pena através da gravidade do injusto e da culpabilidade do indivíduo, diferente do que se enxergava em “eras atrás”, onde o que se buscava era uma vingança social. (PRADO, 2008, p. 489-490).

O delito pode ser considerado um ilícito de valor ético, com efeito que lesa um sentimento moral do coletivo. O delito seria uma ofensa à concepção geral do coletivo, o que leva a necessidade de reparação ocasionada por meio da pena. Battaglini afirma que a

mencionada reparação é a função essencial da pena, a qual deve ser proporcional ao delito. Complementa o autor dizendo que a pena, como função de reparar, exige um ser dotado de liberdade (BATTAGLINI, 1949, p. 525-526). Segundo a concepção do autor, o princípio de reparar está à frente do princípio de prevenir. Além de combater os crimes por meio da prevenção, a justiça penal procura reparar o injusto ao mesmo tempo.

Francisco Toledo explica a finalidade de prevenção geral e especial da pena, as quais estão relacionadas com a exigência do instituto da retribuição. O autor explica que o estado tentaria alcançar a ética ou o receio através do advento de penas para a ilicitude tipificada, procurando evitar a conduta proibida, o que seria o ramo da finalidade de prevenção geral da pena. Por outro lado, não havendo êxito ao seguir os quesitos mencionados, a pena cominada pela norma se transforma em uma pena concreta através do processo penal e atua diretamente no indivíduo resultando em sua neutralização, caracterizando, dessa forma, a finalidade especial da prevenção da pena. Francisco Toledo conclui sua análise afirmando que o caráter retributivo da pena está ligado à culpabilidade do agente, logo que a pena cominada não é igual à pena concretizada, sendo que é através da pena concreta que se tem a retribuição pela conduta ilícita cometida.

Atualmente o direito penal classifica como consequências jurídicas do delito as penas e as medidas de segurança. Em outro plano, existem as consequências extrapenais. Estas consequências não dizem respeito somente ao preceito secundário da norma penal incriminadora, elas estão atreladas a periculosidade e culpabilidade do infrator. Prado (2008, p. 488) classifica tais consequências em: Efeitos da condenação<sup>9</sup>, responsabilidade civil e reparação de danos. Assim, a condenação criminal não freia as consequências ao infrator somente em relação a pena, mas ocorre ainda a perda da primariedade, a reincidência, bem como a revogação do sursis e do livramento condicional, além do reconhecimento de privilégios penais.

Bitencourt faz uma ressalva dos principais motivos que se referem às consequências jurídicas do art. 28 da Lei 11.343/06 em função de sua natureza penal. O autor acha relevante a localização física do artigo no mencionado diploma, pois o *caput* do dispositivo está tipificando uma conduta estabelecendo como consequências algumas medidas, as quais o autor chama de "pena" (BITENCOURT, 2011 p. 637-638).

---

<sup>9</sup> Art. 91 do CP.

Conforme mencionado, podemos concluir que a pena como meio para que se cumpram as leis é justificada através de suas funções. Algumas condutas adversas da lei têm como sanção uma pena, já que as demais medidas não seriam o bastante ou não estariam de acordo com os casos amparados pelas diretrizes penais. Com o fim de que essa pena não seja considerada uma violência estatal contra o agente infrator, a mesma deve ser apenas necessária ao seu fim, aplicada mais ligeiramente possível e a mínima possível ao delito. A função primordial da pena é prevenir a ação delituosa. A partir daí, podemos concluir que a prevenção geral está relacionada ao alerta que o estado dá ao indivíduo a respeito de uma pena ao cometer uma conduta tipificada em lei, no entanto, uma vez que o indivíduo pratica a conduta típica apesar do alerta estatal, a pena cominada de forma abstrata transforma-se em concreta, através do processo penal.

### **2.3 A advertência aos efeitos do uso de drogas**

Historicamente a advertência como medida jurídica penal apareceu no Código Penal Alemão de 1936, com o fim de substituir pena restritiva de liberdade mais branda (BITENCOURT, 2011, p. 627). Já, no que se refere a pena de advertência em seu caráter penal, Bitencourt acredita que tal sanção se torna mais eficaz em situações em que a responsabilidade penal já seria uma sanção relevante para o indivíduo sem antecedentes criminais. Dessa forma, a pena estaria cumprindo sua função de prevenção especial. Esta sanção, segundo Bitencourt, deveria ser destinada aos infratores que não possuem a necessidade de ressocializar com a premissa de que o crime apresenta apenas a culpa e não o dolo do agente.

Em relação à inadequação do termo de "medidas educativas" prevê o § 6º do art. 28 da atual Lei Antidrogas. *In verbis*:

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:

[...]

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

Deve ser feita uma observação no que se refere à semelhança entre a pena contida no inciso I, *caput*, do art. 28 e a admoestação verbal. A admoestação verbal e a multa não são consideradas uma sanção penal. No Código Penal as penas que privam a liberdade são substituídas pelas penas de restrição de direitos, podendo ainda converter-se em situações de descumprimento. Portanto, no mencionado dispositivo, não existe a possibilidade de conversão em caso de descumprimento, em consequência, foram incluídas as duas medidas no § 6º com o objetivo de garantir a aplicação da sanção prevista no *caput* do mencionado dispositivo. Porém, Vicente Greco Filho acredita que a mera admoestação verbal não é uma sanção a nível criminal e, dessa maneira, a eficácia seria baixa ou até mesmo nula (GRECO, 2009, p. 142).

Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça (2008, P. 57-58) afirmam que a advertência não pode ser considerada uma pena, já que o sentido de repressão não está presente nela, apresentando apenas um caráter de informar e advertir. Ambos os autores afirmam que o instituto da advertência não apresenta uma finalidade de prevenção especial, no entanto, esta possui o poder de obrigar o réu a não cometer novos delitos.

René Ariel Dotti faz um apanhado de tipos de advertências que são intituladas de "providências éticas". As mesmas são consideradas medidas não detentivas. O autor acredita na adequação da sanção aplicada em crimes brandos, cujo agente o cometeu com o intuito de defender sua honra e dignidade (DOTTI, 1980, p. 449). Assim, segundo as concepções de Dotti e Bitencourt, a advertência é medida de caráter penal que possui a alternativa da pena de restrição da liberdade. Esta pena é conveniente em condutas que possuem o fim de um delito brando, cujo agente não tem o costume de cometê-lo e é provável que não o cometa novamente.

Em relação à medida normativa nº 9.714/98 – que se refere às penas alternativas, Bitencourt as classifica como sendo uma censura severa aos indivíduos que não possuem o caráter de reincidência, o que seria mais eficaz do que aprisionar o mesmo. O autor afirma que esse tipo de pena seria bem mais interessante do que a aplicação de multa, já que esta não se converte em outra pena e o condenado não sofreria nenhuma sanção penal na prática (BITENCOURT, 2011, p. 628).

René Ariel Dotti (1980, p. 449-450) acredita que a pena de advertência poderia ser aplicada também na concessão do *sursis*, diferente da advertência em audiência que concede a liberdade condicional para o indivíduo que já passou pela pena de restrição da liberdade. Já, por outro lado, Bitencourt (2011, p.627), defende que, assim como a advertência de concessão do *sursis*, a sentença que concede a liberdade condicional não apresenta caráter de sanção penal.

Tanto Bitencourt quanto Dotti, acreditam que a medida de advertência apresenta um caráter penal, visto que a mesma possui função de prevenção social, que se encontra atrelada a reprimenda que o agente sofreu. Tal medida só é aplicada em crimes de menor potencial ofensivo, no entanto, o infrator não pode ter como hábito a prática dos crimes. Contudo, há a previsão na Lei nº 11.343/06 da advertência aos efeitos das drogas aplicada ao usuário de substâncias entorpecentes.

Conforme visto, Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça acreditam que a advertência não pode ser considerada uma pena, vez que na mesma não existe o intuito de repressão. Ambos os autores complementam dizendo que tal pena não possui uma finalidade de prevenção especial, impedindo a reincidência. Tal medida poderia ser aplicada por demais operadores do direito além do Juiz, cuja autoridade estaria advertindo ao infrator a respeito dos prejuízos trazidos pelo consumo de substâncias entorpecentes. Para resolver a provável lacuna, Mendonça e Carvalho sugerem aplicar a medida em conjunto com outra pena restritiva de direito.

#### **2.4 Prestação de serviços à comunidade e medida educativa como alternativa de pena**

Bitencourt (1999, p. 133 - 134) conceitua a prestação de serviços à comunidade como sendo uma obrigação do indivíduo de prestar horas de trabalho não remunerado para a comunidade ou pessoa necessitada. Essa prestação deve ter caráter gratuito, deve ser aceita pelo réu e deve apresentar uma utilidade social.

De acordo com Ariel Dotti, a pena de prestação de serviço à comunidade foi implementada como alternativa do condenado nos países socialistas nos anos de 1960. A princípio, o trabalho apresentava um caráter público e era sem remuneração. O autor destaca ainda que, entre os países ocidentais que adotaram essa medida, estão: Portugal, Inglaterra, e Alemanha. Como já mencionado, a pena alternativa poderia substituir a pena de restrição de



liberdade, visto que a execução do serviço à comunidade poderia ser prestada em qualquer horário, diferente do que ocorre na norma brasileira (DOTTI, 1980, p.419-422). No Brasil, as atividades devem ser prestadas em horário diverso do trabalho do condenado, conforme estipulado no art. 46 § 3º do Código Penal. No país, a pena alternativa de prestação de serviço à comunidade foi instaurada a partir da reforma do Código Penal da Lei 7.209/84, passando a integrar as penas autônomas como alternativa das restritivas de direito estipuladas no art. 43 do mencionado diploma. De acordo com Bitencourt (1999, p. 137), a função de prevenção especial das penas é ressocializar e levar o condenado à reflexão e, por vezes, ao reconhecimento da própria comunidade por meio de seu trabalho e serviço realizados.

Segundo Bitencourt, a pena de comparecimento em curso educativo tem cunho vexatório, pois a mesma pode ser relacionada com a pena de frequência em curso e submissão a tratamento (BITENCOURT, 2011, p. 631). No entanto, o caráter da pena de comparecimento à programa ou curso educativo, estipulada na Lei 11.343/06, é único e exclusivo para tratamentos contra dependências inerentes às drogas. Com isso, podemos destacar o cunho de ressocialização da atual Lei antidrogas, por um lado restringe parte de seus direitos e, por outro, lhe proporciona direitos futuros para sua retomada social. A medida toma força no §7º do art. 28, o qual estipula que o juiz determine ao Poder Público que deixe ao alcance do condenado entidade de saúde pública para tratamento contra a toxicomania.

Roxin acredita que o caráter ressocializador da pena levanta a questão de prevenção social especial. A teoria oposta à retribuição é a da prevenção especial, em conjunto com fato de que a pena consiste apenas em obrigar o indivíduo a parar de cometer crimes (ROXIN, 1997, p.85). O autor lembra também que a teoria de prevenção especial se depara com o fato de o direito ter que educar e tratar seus cidadãos por afetar suas personalidades. Roxin alega ser ilegítimo o Estado obrigar o indivíduo a tratamento ou curso educacional a fim de buscar sua ressocialização. Tal ilegitimidade se dá, pois, o Estado não poderia interferir na personalidade de cada indivíduo por meio de nenhuma espécie de tratamento. A ideia central da ressocialização estaria se perdendo gradativamente nos últimos anos em detrimento ao que hoje se denomina de tratamento compulsório com finalidade de terapia penal (ROXIN, 1997, p. 88). No entanto, a Organização Pan Americana de Saúde (OPAS) não aceita bem a ideia da internação compulsória, logo que a organização considera ineficaz e inadequada a internação voluntária ou compulsória no Brasil, pois esta apresenta uma estratégia centralizada no tratamento da dependência de drogas. Em nota divulgada pela

OPAS em 08 de maio de 2013, destaca que a "priorização de medida extrema como a internação compulsória, além de estar na contramão do conhecimento científico sobre o tema, pode exacerbar as condições de vulnerabilidade e exclusão social dos usuários de drogas"<sup>10</sup>.

Em situações que há a aplicação da pena de comparecimento em curso ou programa educativo, os métodos de educação e esclarecimento devem se ater ao fato de que, na maior parte das vezes, o frequentador não está presente de forma voluntária, em consequência, devem ser adotadas formas educacionais variáveis para se adaptar ao objetivo final, que é a prevenção. Assim como a medida de internação compulsória aos dependentes, a medida de comparecimento a curso ou programa de cunho educativo não terão efeito caso falte controle e supervisão de autoridades competentes.

Contudo, a pena estipulada no inciso III do art. 28 deveria ser aplicada respeitando os objetivos essenciais da Lei 11.343/06, quais sejam, o de buscar prevenção, tratamento e educação, além de outros meios de combate ao uso de drogas, dando maior atenção ao usuário de substâncias entorpecentes.

## **2.5 Da prescrição**

Existe ainda no diploma antidrogas o dispositivo que cuida de tratar da prescrição, o qual está previsto no artigo 30. Sabe-se, no entanto, que a base legal do dispositivo está atrelada ao Direito Penal. Dita o art. 30:

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Prado (2008, p. 657) afirma que o art. 107 do Código Penal extingue a punibilidade através da prescrição, já que o Estado perde o direito de punir devido a sua inércia, ou ainda, o Estado não foi capaz de agir "dentro do lapso temporal previamente fixado". Logo, uma sanção aplicada dentro de uma janela temporal muito distante do fato perde sua função, uma vez que a própria norma estabelece prazos para que o poder estatal possa punir, tal prazo é aberto a partir do momento em que o agente pratica conduta típica. As interrupções de prescrição estão previstas no art. 117 do Código Penal

---

<sup>10</sup> Disponível em: [http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opasoms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&catid=1016:bra-01-noticias](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opasoms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&catid=1016:bra-01-noticias) - Acesso em 03/03/2017.

Nota-se então, que o instituto da prescrição está previsto na atual Lei Antidrogas, porém o mesmo foi influenciado pela redação do dispositivo contido no Código Penal e deve ser aplicado observando o art. 107 do CP.

A seguir será apresentada uma análise e posicionamento doutrinário em relação ao porte de drogas para consumo pessoal. Levanta-se também o posicionamento do STF e do STJ em relação ao RE 430.105/RJ, bem como a natureza jurídica do porte drogas de acordo com o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Por fim entra em análise o RE 635.659/SP.

### **3. O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

Será apresentada a posição da doutrina no tocante ao porte de drogas para consumo pessoal, buscando-se as posições em relação aos temas da despenalização e descriminalização, visto que Luiz Flávio Gomes defende com firmeza que as penas estipuladas na atual Lei Antidrogas, ao praticar a conduta do art. 28, ocorreu uma descriminalização, porém, por outro lado, Cezar Bitencourt acredita que a conduta não descriminalizou, gerando assim discussão a respeito da matéria. Em seguida será discutido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do RE 430.105/RJ. Ao final, aborda-se o RE 635.659/SP, que levanta o questionamento da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06.

#### **3.1 Posicionamento da doutrina**

Discutem-se as inovações da atual Lei Antidrogas no que diz respeito ao tratamento empregado contra o indivíduo que usa ou porta drogas para consumo próprio. Verifica-se, portanto, as diferentes posições doutrinárias em relação ao uso e porte de drogas para consumo pessoal.

Inicialmente, nota-se a posição de Mendonça e Carvalho (2008, p. 46), os quais afirmam que a redação dada ao art. 28 da Lei 11.343/06 pode ser uma maneira de diferenciar as condutas do traficante e do usuário. Nesse dispositivo, o julgador deve se ater ao disposto no § 2, que diz respeito "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". Contudo, segundo Mendonça e Carvalho, mesmo que tal dispositivo fuja da regra geral, no que se refere à redação exposta, não pode ser considerada uma norma penal incriminadora, logo que a conduta é descrita de forma objetiva e a mesma está impondo uma sanção que possui natureza penal, mesmo que não apareça o elemento penal que priva a liberdade do agente.

Conforme mencionado, uma das maiores mudanças da nova Lei Antidrogas, em relação ao diploma de 1976, se refere a total rejeição da privação da liberdade como forma de punir o agente que apresenta conduta estipulada no art. 28 do diploma de 2006. João José Leal (LEAL, 2007) manifesta sua opinião alegando que, com o advento do § 2 do mencionado dispositivo, o indivíduo que estiver apenas portando substância entorpecente com objetivo de

consumo pessoal, jamais será privado de sua liberdade. Segundo o autor, no atual diploma houve a supremacia do que é chamado de *descriminalização branca*, ou seja, não é apresentada uma descriminalização total do uso de drogas. Isso se dá, pois a lei não prevê a prisão nem ao menos do reincidente na conduta estipulada no art. 28, ou até mesmo no descumprimento por parte do agente das sanções decorrentes dessa conduta, mesmo que possa acabar levando à falta de controle penal por parte do Estado. O autor acredita que a nova Lei Antidrogas teria criado uma nova espécie de infração penal, a qual não se encaixaria na classificação legal de um crime ou de contravenção penal, o que leva a conclusão de que o mencionado diploma teria criado uma espécie de "*infração penal inominada*". Dessa forma, João José Leal acredita que a conduta estipulada no art. 28 do mencionado diploma não se trata de crime, nem ao menos uma espécie de contravenção penal, seria então, uma nova espécie de infração à norma que não estaria dentro dos moldes de nenhuma outra norma penal.

Portanto, ao explicar que a atual Lei Antidrogas teria criado uma terceira espécie de infração penal que se distingui do crime e da contravenção penal, *in verbis*:

“... a Lei Antidrogas criou uma nova infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal. Criou, simplesmente, uma infração penal inominada, punida com novas alternativas penais e isto não contraria a diretiva genérica de classificação das infrações penais, emanada do referido dispositivo da Lei de Introdução ao Código Penal” (cf. Nova Lei nº 11.343/2006: Descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?”, Boletim do IBCCrim nº 169, dezembro, 2006).

Guilherme De Souza Nucci destaca que se mantém uma definição de crime no art. 28 da atual Lei Antidrogas, no entanto, o dispositivo se inclui em uma espécie específica, qual seria: "de crime de ínfimo potencial ofensivo, em vista do tratamento mais brando conferido pela lei" (cf. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, p. 369).

A principal opinião que adota a linha da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal está contida nas palavras de Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2006), o qual afirma que o art. 28 da Lei antidrogas tornou extinto o fato criminal do ato de usar ou portar substâncias entorpecentes para consumo pessoal. No entanto, a conduta continua sendo um ilícito penal, visto que o diploma não deixou de punir os infratores e o "art. 28 não foi retirado do mundo do Direito penal". Portanto, o autor afirma que uma das principais

mudanças da antiga lei para a atual Lei Antidrogas diz respeito à “descriminalização” da conduta do usuário, dependente ou portador de substância tóxica, *in verbis*:

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas. (GOMES, Luiz Flavio. *Nova Lei de Tóxicos*).

Após analisar o texto normativo da Lei de Introdução ao Código Penal e o Código Penal, Luiz Flavio Gomes argumenta que, caso uma conduta resulte em infração penal cuja pena aplicada se refere à restrição de liberdade, logo tal pena não é adotada para punir a conduta delituosa do porte de drogas para consumo próprio, teria então ocorrido uma descriminalização formal. Segundo o autor, a conduta nem se enquadraria nos tipos de condutas que desencadeiem uma contravenção penal, já que esta teria como principal característica impor a prisão simples ou o pagamento de multa. Para o autor, a conduta também não poderia ser qualificada como ilícito administrativo, vez que as sanções apresentadas no art. 28 da Lei Antidrogas são aplicadas pelo judiciário e não por uma autoridade administrativa. Por fim, Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2006) salienta que, pelo fato de não ser considerado crime nem contravenção penal, embora ainda seja prevista no direito penal, a mencionada conduta seria uma infração penal "*sui generis*", ou seja, única em seu gênero.

Por sua vez, Sérgio Ricardo de Souza (SOUZA, 2007, p. 27-28) ressurgiu com a possibilidade de serem adotadas até cinco formas diferentes de penas para os crimes com previsão da norma Penal, a saber: pena de restrição de liberdade, multa, perda de bens, suspensão ou restrição de direitos e prestação social. Lembra ainda que todas essas penas estão previstas no texto constitucional, em seu artigo 5º, o que amplia o rol de alternativas de tipos de penas a serem adotadas estabelecidas na Lei de Introdução ao Código Penal. Nesse viés, Souza alega que a Lei 11.343/06 não usou de métodos de descriminalização das condutas delituosas previstas no art. 28, visto que o legislador optou por despenalizar de forma moderada e gradativa o mencionado diploma, sem deixar de notar no texto a conduta delituosa, porém banuiu completamente a opção da pena de cárcere privado para a conduta do mencionado dispositivo. (SOUZA, 2007, p. 27). Para o autor, surgiu então uma nova forma de

"apenamento", a qual se tornou uma nova alternativa no que se refere ao tratamento aplicado ao usuário de substâncias entorpecentes. Contudo, Souza não deixa de mencionar a sanção penal moderada como alternativa de pena com amparo na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988<sup>11</sup>. A mencionada Convenção possibilita que os países signatários caracterizem como conduta delituosa as que configurem uso ou posse de drogas para consumo pessoal, propondo ainda medida educativa, reabilitação e acompanhamento aos dependentes (SOUZA, p. 29)

Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2009, p. 127-128), alega que o art. 28 da Lei 11.343/2006 não possui caráter de descriminalizar ou despenalizar a lei, discorrendo no sentido de que a Lei de Introdução ao Código Penal de 1941 não podia prever as mudanças na atual Lei Antidrogas, mas nem por isso a lei posterior de mesmo sentido hierárquico ficaria impedida de inovar dentro dos limites estabelecidos pelas normas vigentes, pois as penas previstas na atual Lei Antidrogas são específicas e próprias, e as mesmas estão respeitando a hierarquia da carta constitucional vigente.

Ao concluir essa discussão, podemos notar que os doutrinadores supracitados fizeram menção às mudanças do novo diploma legal em relação ao tratamento praticado contra o usuário e portador de drogas para consumo pessoal. Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2006) afirma ter ocorrido a descriminalização, o autor alega que a conduta não foi retirada da esfera do Direito Penal, no entanto, a mesma não poderia ser classificada como uma contravenção penal segundo a Lei de Introdução ao Código Penal. Já, João José Leal (LEAL, 2007) aborda o tema como uma *descriminalização branca*, resultando em uma *infração penal inominada*, porém, predomina o entendimento majoritário de que não é possível uma terceira espécie de infração penal, por não existir base nem previsão normativa. Contudo, acredita-se que a melhor ressalva foi levantada por Cezar Bitencourt, o qual alega que não houve a descriminalização da lei ao dispositivo que se refere às condutas de usar e portar drogas para consumo pessoal, já que tais condutas ainda são consideradas infração penal, conforme estipulado no diploma legal, sendo aplicada para ambas uma sanção (BITENCOURT, 2011, p. 634-635). Por fim, Bitencourt afirma que na nova lei ocorreu apenas o afastamento da pena de restrição da liberdade, porém ainda há formas de punir quem transgride a norma, as quais estão elencadas no art. 28 da Lei Antidrogas.

---

<sup>11</sup> Promulgada pelo Decreto n° 154 de 26 de junho de 1991.

### 3.2 Posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao RE 430.105/RJ

No que se refere à natureza jurídica da conduta de portar drogas para consumo pessoal, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no julgamento de Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ. As considerações levantadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence em relação ao art. 28 da Lei 11.343/06 foram no sentido de que houve uma despenalização, já que houve a adoção de sanção mais amena para a conduta estipulada no mencionado dispositivo. Como resultado do Julgamento da Questão de Ordem temos o seguinte:

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 lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 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 L. 11.343/06, partir de um pressuposto 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 ele referentes. (L. 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 L. 11.343/06 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 L. 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 (L. 11.343, 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 L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. 44.3433011.343 (430105 RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, data de Publicação: DJe-004 Divulg 26/04/2007 public 24042007 DJ 27/04/2007 PP-0069 Ement Vol-02273-04 PP-00729 RB v. 19, nº 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)



O primeiro ponto a observar é que não prevalece a tese de incompatibilidade do dispositivo com o conceito de crime que aparece na Lei de Introdução ao Código Penal, baseado no aspecto de que não havia cominação da pena restritiva de liberdade ao usuário. O ministro Sepúlveda Pertence observa que o texto legal estabelece apenas um critério que deixa evidente a distinção entre um crime e uma contravenção penal. O ministro, em seu voto, analisa também o procedimento adotado para impor as sanções previstas no art. 28 da Lei Antidrogas e conclui que não houve descriminalização da conduta. O que ocorreu foi uma ruptura da tradição jurídica de impor a pena restritiva de liberdade para toda e qualquer infração de natureza penal, *in verbis*:

“...a conduta antes descrita no art. 16 da L. 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova. Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L. 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção. 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 L. 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).

IV De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado – inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado), *verbis* ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)): “(...) Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas – Título IV. (...)”

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...).” Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las – advertia com precisão o saudoso Ministro Carlos Maximiliano –, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta. Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” e, a partir daí, analisar se, na Lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime. 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 uso, por exemplo, da expressão “reincidência”, não

parece ter um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do C.Penal (C.Penal, art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”).

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do 107 e seguintes do C.Penal (L. 11.343/06, art. 30).

Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos – o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição –, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes. 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 L. 9.605/98, arts. 3º 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.” (RE 430.105/RJ Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Demais Ministros que faziam parte da Sessão de Julgamento, Marco Aurélio, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski concordaram com o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence no sentido de que redação da atual Lei Antidrogas não descriminalizou a conduta de portar drogas para consumo pessoal, apenas houve a despenalização.

O STF considerou que a redação do art. 28 da Lei 11.343/06 teve como uma de suas funções eliminar a possibilidade da pena de restrição de liberdade para dependentes, usuários e portadores de drogas para consumo pessoal, porém, no mencionado dispositivo há previsão para a adoção de penas alternativas que não a privativa de liberdade. O STF considerou também que o art. 28 está amparado pela disposição do art. 5º XLVI e XLVII da CF/88<sup>12</sup>.

Em relação à corrente que considera tratar-se de nova modalidade de infração penal, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 635) alega que o ordenamento jurídico brasileiro

---

<sup>12</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena 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

comporta apenas crimes e contravenções, visto que, se não está enquadrado em crime ou contravenção penal, não pode ser considerado uma infração penal, já que não há previsão normativa. Em suma, Bitencourt entende que as penas estipuladas no art. 28 da Lei 11.343/06 tratam-se de "infração penal *sui generis*", embora a consideração seja contrária ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual afirma que a conduta do mencionado dispositivo tem natureza jurídica de crime.

Verifica-se que na decisão da Questão de Ordem do Recurso Extraordinário 430.635/RJ, o STF rejeitou completamente a tese de Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, que consideram ter ocorrido a descriminalização da conduta estipulada no art. 28 da atual Lei Antidrogas. O STF entende que o fato de o indivíduo portar drogas para consumo próprio é pressuposto de que o mesmo possui natureza jurídica de crime, tal qual tipificada pelo então art. 28 da Lei 11.343/06.

### **3.3 Consequências ao cometer falta grave em execução penal**

Serão tomados por conhecimento os acórdãos que mencionam a falta grave por parte do sentenciado durante o cumprimento de pena. Os artigos 50, 51, 52 e da Lei de Execuções Penais mencionam a falta disciplinar grave, visto que a mesma resulta em uma série de consequências ao indivíduo. Como exemplo tem-se a revogação do trabalho externo<sup>13</sup>, a regressão para regime de pena com maior gravidade, revogação automática do benefício da saída temporária, conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, além da perda de dias remidos.

O Superior Tribunal de Justiça levanta a questão seguindo a decisão do Supremo Tribunal Federal nos moldes do RE 430.105. O STJ considerou em sede de Habeas Corpus que o porte de drogas se enquadra na falta de disciplina grave praticada pelo indivíduo que se encontra em situação de cumprimento de sentença, o que leva as consequências como perda de dias remidos e regressão de regime. RE 430.105:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO. PRÁTICA DE NOVO DELITO. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. CONDUTA NAO DESCRIMINALIZADA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO.PRESCINDIBILIDADE. FALTA GRAVE CONFIGURADA. REGRESSAO DE REGIME. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONSEQÜÊNCIA LEGALMENTE PREVISTA. PERDA DOS DIAS REMIDOS.

<sup>13</sup> Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP DECLARADA PELO STF. SÚMULA VINCULANTE N.º 09. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. LEGALIDADE. EXCEÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, AO INDULTO E À COMUTAÇÃO DE PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Apesar de o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não prever penas privativas de liberdade como sanção para a conduta ali descrita, não se pode dizer que o porte de drogas para consumo próprio foi descriminalizado, tendo, na verdade, sido apenas afastada a aplicação da pena privativa de liberdade ao caso.

II. O cometimento pelo apenado de novo crime doloso caracteriza a falta grave, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo.

III. Evidenciado que o acusado se evadiu do estabelecimento prisional, resta configurada a falta grave a ele atribuída pela Corte Estadual, com fulcro no art. 50, inciso II, da Lei de Execução Penal.

IV. O cometimento de falta grave implica em regressão de regime, conforme se infere do art. 118, inciso I c/c art. 50, inciso II, ambos da LEP. Precedentes.

V. Comprovada a falta grave, cabe ao Juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido ou à coisa julgada.

VI. A prática de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição, nos exatos termos do art. 127 da Lei n.º 7.210/84, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o Enunciado da Súmula Vinculante n.º 09.

VII. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte é orientada no sentido de que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios que dependam de lapso de tempo no desconto de pena, salvo o livramento condicional, nos termos da Súmula n.º 441/STJ, o indulto e a comutação de pena.

VIII. Deve ser parcialmente cassado o acórdão atacado, a fim de que a prática de falta grave implique em reinício da contagem do prazo apenas para a concessão de progressão de regime, excetuando-se o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena.

IX. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator. (HC 177012 RS 2010/0114307-3, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento 16/06/2011, QUINTA TURMA, Publicação DJe 01/07/2011).

O STJ defende que não se aplica o princípio da insignificância em ocasiões em que o indivíduo é encontrado portando substâncias entorpecentes para consumo próprio. Entende-se que o princípio da insignificância é aplicado quando os danos causados ao bem jurídico tutelado são tão ínfimos que não se justifica movimentar a máquina estatal para aplicar uma pena, o que, por consequência, exclui o tipo penal. O STJ considera que o porte de drogas para consumo pessoal é considerado um delito de perigo abstrato - aquele que representa a conduta para o bem tutelado juridicamente. Regis Prado (2010, p 133) ressalta que em casos de delitos de perigo abstrato não há a necessidade da comprovação do perigo inerente à ação. A seguir os julgados:

*HABEAS CORPUS*. PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o paciente -2,3 g (dois gramas e três decigramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio.
2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.
3. Ordem denegada. (HC 181486/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 05/10/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. RÉU REVEL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inexiste ilegalidade na falta de oferecimento do benefício de transação penal quando o indiciado não é encontrado para a audiência preliminar e, regularmente intimado, deixa de comparecer à audiência de instrução e julgamento, inviabilizando a proposta dos benefícios da Lei 9.099/95.
2. Inaplicável o Princípio da Insignificância ao delito de uso de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes desta Corte de do Supremo Tribunal Federal.
3. Recurso desprovido. (RHC 22.372/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010)

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. QUANTIDADE ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA PELA LEI N. 11.343/2006. INOCORRÊNCIA. FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. INTERRUPTÃO DA CONTAGEM DO TEMPO PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI N. 12.433/2011. NORMA POSTERIOR MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Esta Corte possui o entendimento de que "a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), não afasta a tipicidade da conduta" (HC n. 158.955/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 30/5/2011).
2. A posse de drogas para uso próprio, no estabelecimento prisional, configura falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal, haja vista a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questão de ordem suscitada nos autos do RE n. 430.105 QO/RJ.
3. O cometimento de falta grave no curso da execução penal não implica a interrupção do cômputo do tempo para a concessão de benefícios, incluindo a progressão de regime, sob pena de violação do princípio da legalidade. Precedentes da Sexta Turma.
4. A prática de falta grave impõe a perda de dias remidos.
5. A partir da vigência da Lei n. 12.433, de 29/6/2011, que alterou o disposto no art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda de dias remidos está limitada a 1/3 do total.
6. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente.
7. Cabe ao Juízo da execução, considerando "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu

tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal, aferir o *quantum* da penalidade.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido, apenas para afastar a interrupção do cômputo do tempo para a concessão de benefícios inerentes à execução penal, ante o cometimento de falta grave pelo paciente. Ordem concedida de ofício, a fim de determinar que o Juízo da execução proceda à nova análise da perda de dias remidos com base na atual redação do art. 127 da Lei de Execução Penal. (HC 171655/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 17/11/2011).

Dessa forma, conforme relatado acima, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona com a mesma postura apresentada pelo Supremo Tribunal Federal e suas decisões, uma vez que ambas as Cortes consideram que a conduta tipificada pelo art. 28 da Lei 11.343/06 apresenta natureza jurídica de crime com perigo abstrato, e para a conduta do mencionado dispositivo não se aplica o princípio da insignificância.

O julgado a seguir diz respeito ao questionamento diante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a evidência da falta grave da conduta de portar substâncias entorpecentes para consumo pessoal, já que, segundo a defesa, com a redação da nova Lei Antidrogas, teria ocorrido a extinção do tipo penal para a conduta mencionada, *in verbis*:

EXECUÇÃO PENAL. Falta grave. Posse de drogas para uso próprio; Caracterização. Abolitio criminis. Inocorrência. O porte de drogas para uso próprio deixou de ser crime, eis que a Lei nº 11.343 de 2006, só passou a tratar de maneira diferente esta conduta, antes tipificada pela Lei nº 6.368, de 1976, logo, fatos que se subsumam à descrição abstrata do art. 28 da Lei Antidrogas configuram falta grave, sendo improcedente, pois, a alegação do abolitio criminis. (EP 426975620118260000 SP 0042697-56.2011.8.26.0000, Relator: João Morengi, Julgamento 19/10/2011, 12º câmara de Direito Criminal, Publicação 04/11/2011)

Agravo em execução. Excesso de execução. Anotação de falta grave. Exigências probatórias menos rigorosas no procedimento administrativo. posse de entorpecente para uso próprio. Crime tipificado. Inexistência de excesso de execução ou desproporcionalidade na anotação da falta grave. Recurso desprovido. (EP 1419943620118260000 SP 0141994-36.2011.8.26.0000, Relator Francisco Bruno, Julgamento: 20/10/2011, 9º Câmara de Direito Criminal, Publicação: 22/10/2011)

Percebe-se que o Tribunal refutou a tese apresentada pela defesa, que alegava a descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06. O Relator afirma que a atual Lei Antidrogas não excluiu a conduta de portar drogas para consumo pessoal, apenas mudou a forma de aborda-la e puni-la, já que ainda se trata de uma conduta criminosa, a qual caracteriza falta grave do réu quando cometida em execução penal.

Agravo em Execução. Falta grave caracterizada. Posse de entorpecente para consumo pessoal que constitui crime. Artigo 52 da LEP. Perda do período já adquirido para a obtenção de benefícios. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Analogia 'in malam partem'. Ofensa ao direito adquirido. Súmula 441 do STJ. Falta grave consistente em crime doloso de menor potencial ofensivo. Perda de 1/6 dos dias remidos. Agravo provido em parte. (EP 1811534920128260000 SP 0181153-49.2012.8.26.0000, Relator: Marco Naum, Julgamento: 05/11/2012, 1º Câmara de Direito Criminal, Publicação: 09/11/2012)

Ao analisar este acórdão, percebe-se que o Tribunal adotou novamente uma posição característica de não ter ocorrido descriminalização no que se refere à natureza jurídica do art. 28 da Lei Antidrogas. Constata-se ainda, que o condenado perde os dias remidos pois cometeu falta disciplinar de natureza grave.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Procedimento Administrativo Disciplinar Falta Grave Porte de Substância Entorpecente e Numerário - Requer o restabelecimento do regime semiaberto ante a ausência de sentença penal condenatória Desnecessidade Para a regressão do sentenciado, o art. 118, I, da LEP não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e sequer exige que o novo fato constitua crime, bastando tratar-se de falta grave. Ademais, há independência entre as esferas penal e administrativa, conforme dispõe o artigo 52, da LEP. Sustenta, ainda, que o crime de uso de drogas foi despenalizado, a impedir a caracterização da falta grave INADMISSIBILIDADE - Não houve a despenalização nem descriminalização do porte de substância entorpecente que continua sendo crime a configurar a falta grave. Recurso improvido. (EP 2386046620118260000 SP 0238604-66.2011.8.26.0000, Relator: Paulo Rossi, Julgamento: 27/02/2012, 2º Câmara de Direito Criminal, Publicação: 29/02/2012)

Neste julgado, é evidente mais uma consequência imposta ao infrator que porta substância entorpecente para consumo pessoal enquanto cumpre sentença, aplicada a ele a regressão para regime de cumprimento de pena mais gravoso, logo que o porte de drogas continua sendo crime, configurando falta grave.

Portanto, verificou-se que, em relação à natureza jurídica da conduta de portar substâncias entorpecentes para consumo pessoal, tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, o Tribunal entendeu não ter ocorrido descriminalização. Foi visto que é caracterizada a falta grave ao apenado que pratica conduta do art. 28 em execução penal. Assim, após ter analisado os julgados apresentados, chega-se à conclusão de que o Tribunal de Justiça de São Paulo declina em adotar uma posição bastante firme no que se refere às consequências ao cometer falta grave em execução penal.

Em seguida, será analisado o instituto da reincidência que tem previsão no Código Penal.

### **3.4 Consequência da reincidência**

As consequências que os indivíduos sofrem ao praticar uma conduta criminosa depois de ter em seu histórico criminal a prática da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, - tornando-se dessa forma reincidente, são tratadas a seguir.

O diploma da Lei de Drogas prevê como consequência da condenação a reincidência, caso ocorra uma nova condenação. O condenado que reincidir estará sujeito a

cumprir o estipulado no Código Penal, tal como passar a cumprir pena em regime fechado, de acordo com art. 33<sup>14</sup> do Código Penal, extingue-se a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito que está previsto no artigo 44, inciso II<sup>15</sup> do CP, não suspensão da execução penal<sup>16</sup>, além da necessidade de decurso de maior prazo para conceder livramento condicional<sup>17</sup>.

Para ilustrar melhor o tema em discussão, no julgado a seguir, o Ministério Público apelou da decisão que havia condenado o indivíduo por ter praticado roubo qualificado. O MP solicitou que o réu iniciasse o cumprimento da pena já em regime fechado, em razão de este ser reincidente. Configurou-se a reincidência, pois o réu já havia sido condenado por porte de drogas para consumo pessoal. Dessa forma, de acordo com o Código Penal e conforme mencionado acima, o reincidente deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Dita o acórdão do Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso ministerial e parcial provimento ao recurso de defesa:

APELAÇÃO CRIMINAL Roubo qualificado pelo concurso de agentes (Artigo 157, § 2, inciso II do Código Penal) – RECURSO DA DEFESA Insuficiência de Provas Materialidade e autoria bem comprovadas Condenação mantida. TENTATIVA reconhecimento Possibilidade Agentes que não tiveram a posse mansa e tranquila da ‘res furtiva’ Delito não consumado. PENA Reincidência configurada A lei n. 11.343/03 não descriminalizou a conduta de quem traz consigo droga para consumo pessoal. RECURSO MINISTERIAL presente a reincidência, diante de reclusão,

<sup>14</sup> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>15</sup> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

[...]

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

[...]

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

<sup>16</sup> Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso.

<sup>17</sup> Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso



impõe-se o regime fechado. Provimento ao recurso ministerial, provido parcialmente os da Defesa. (APL 216355420108260562 SP 0021635-54.2010.8.26.0562, Relator: Paulo Rossi, Julgamento: 05/12/2011, 2º Câmara de Direito Criminal, Publicação 09/12/2011)

Portanto, nota-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo entende a aplicação da regressão de regime como consequência da reincidência, cujo réu deve iniciar o cumprimento de sua pena já em regime fechado.

Em seguida, discute-se a constitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas através do RE 635.659/SP.

### **3.5 A constitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas - RE 635.659/SP**

No ano de 2011 o STF reconheceu Repercussão Geral<sup>18</sup> no RE 635.659/SP. O Recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e teve como objetivo questionar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, vez que o dispositivo faria menção apenas à conduta praticada pela própria pessoa em seu íntimo e, portanto, além da intimidade e da vida privada, o art. 28 estaria ofendendo o princípio da lesividade<sup>19</sup>.

Roberto Soares Garcia (GARCIA, 2012) alega que o art. 28 da Lei Antidrogas agride a intimidade, bem como sua privacidade – princípios estipulados no inciso X do Art. 5º da Constituição Federal, visto que os atos de um indivíduo, quando praticados em seu íntimo e sem prejudicar terceiros, devem ser tratados com a absoluta consciência e liberdade do mesmo. Segundo o autor, o Estado tem o dever de não se intrometer na vida íntima de cada indivíduo e assegurar para que sua privacidade não seja violada. Garcia conclui expondo que, caso a conduta do indivíduo ultrapasse o íntimo e pessoal, atingindo terceiros, está este a responder por conduta diversa do que o estipulado no art. 28 da Lei 11.343/06.

---

<sup>18</sup> Lembra Alexandre de Moraes que o recorrente em sede de RE deve estar evidente a repercussão das questões constitucionais, a fim de que o Tribunal analise a admissibilidade do recurso (MORAES, 2008, P. 599).

<sup>19</sup> “Tal princípio, em suma, determina que o direito penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente tutelado” – BRAMBILLA, Leandro Vilela, No que consiste o princípio da lesividade? Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2106131/no-que-consiste-o-principio-da-lesividade-leandro-vilela-brambilla> Acesso em: 21/06/2017.

Melhor explica o acórdão do Plenário Virtual que reconheceu a Repercussão Geral no RE em comento, *in verbis*:

REPERCUSSÃO GERAL NO RE 635.659/SP

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Neste recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153).

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal.

Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria

No entanto, conforme mencionado anteriormente no assunto tratado a respeito da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado alegando constitucionalidade do art. 28, considerando que o dispositivo não fere o art. 5º, XLVI e XLVII da CF/88. Salienta-se que o RE 430.105/RJ, no voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que considera a constitucionalidade do mencionado dispositivo, teve manifestação anterior à Repercussão Geral do RE 635.659/SP.

Ainda, Mendonça e Carvalho (2008, p.52) acreditam que o legislador de fato descriminalizou o conteúdo legal ao abolir a pena de restrição de liberdade para a conduta de portar drogas para uso próprio e afirmam que a intimidade do usuário de substâncias entorpecentes sempre será rompida quando estiver consumindo drogas, uma vez que o fato pode desestabilizar toda uma família e pessoas ao seu redor, entendimento que acabou contrariando o acórdão do RE 635.659/SP.

Na mesma linha de raciocínio, Greco Filho (2009, p.133) alega que o usuário de drogas coloca a saúde pública em perigo, uma vez que o mesmo é um fator importante na difusão de substâncias ilícitas.

Após analisar os acórdãos trazidos, é possível afirmar que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem posicionamento idêntico ao STF e STJ defendendo que não houve descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal. Cezar Bitencourt também acredita que as condutas de usar e portar drogas para consumo pessoal não foram fatores que levaram à descriminalização, uma vez que ambas as condutas continuam sendo infração penal, porém Luiz Flávio Gomes acredita ter ocorrido uma descriminalização, pois o art. 28 da Lei Antidrogas tornou extinto o fato criminal da conduta típica do mencionado dispositivo. Na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ, em relação ao art. 28 da Lei 11.343/06, entende-se que houve despenalização. Nos casos apresentados a respeito da falta grave, o réu não pode ser considerado primário depois de ser condenado por conduta estipulada no art. 28, logo que a atual Lei Antidrogas não excluiu a conduta de portar drogas para consumo pessoal do diploma legal, porém mudou a maneira de puni-la, considerada ainda uma conduta criminosa e, assim, é tratada como falta grave. Já, no caso apresentando a respeito do instituto da reincidência, o réu foi condenado a cumprir a pena em regime fechado, já que ele era reincidente, pois já havia sido condenado anteriormente por conduta tipificada no art. 28 do mencionado diploma.

O RE 635.659/SP, por sua vez, discutiu a constitucionalidade do art. 28 e foi considerado em Repercussão Geral que o mencionado dispositivo agride a intimidade e a privacidade do indivíduo, no entanto, Mendonça e Carvalho afirmam que a intimidade do indivíduo que usa drogas sempre será rompida pelo fato de ainda ser considerada conduta típica e de que seus efeitos atingem toda uma família. Greco Filho afirma que, mesmo rompendo a intimidade do indivíduo que usa drogas, é considerado que tal conduta coloca a saúde pública em perigo e agrega na difusão de substâncias ilícitas. Foi apresentado ainda, na discussão da constitucionalidade do art. 28, o posicionamento do STF no RE 430.105/RJ, que considerou que o art. 28 não fere os dispositivos do art. 5º XLVI e XLVII da CF/88, alegando constitucionalidade do mesmo. Dessa maneira, além da posição do STF na Questão de Ordem do RE 430.105/RJ, levou-se em consideração a colocação de Greco Filho por ser a mais relevante e a mais acertada para a discussão, entendendo-se que o art. 28 não fere a Constituição Federal.

Em seguida, após fazer um apanhado sucinto do que foi discutido até então, chegar-se-á a conclusão se houve descriminalização ou despenalização da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06.

## CONCLUSÃO

Conforme mencionado, a Lei 11.343/06, em relação a Lei 6.368/76, trouxe mudanças significativas, cujas as penas estipuladas em seus dispositivos cumprem maior função preventiva, limitadas pela culpabilidade do agente da conduta correspondente ao seu dispositivo. Na atual Lei Antidrogas o legislador surge com a prescrição e trouxe uma relação deste instituto em conjunto com o Código Penal. Contudo, uma das maiores mudanças que se nota na nova lei de drogas é o fato de o legislador ter tornada extinta a pena de privação de liberdade para a conduta exposta no mencionado dispositivo. Após expor os posicionamentos mais pertinentes, nos parágrafos seguintes, busca-se esclarecer se houve a despenalização ou descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal.

As penas estipuladas para condutas de natureza análoga à do art. 28 da Lei 11.343/06 tem como principal função a de prevenir, sendo que as mesmas têm em sua essência a culpabilidade do agente limitada.

No que se refere à prescrição, podemos afirmar que tal instituto é previsto na atual Lei Antidrogas, e teve como uma de suas fontes para redação o Código Penal.

A pena para a conduta estipulada no art. 28 da Lei 11.343/06 não está prevista no texto da Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, no entanto, não se torna motivo para que o mencionado dispositivo seja excluído do sistema penal nacional. Além disso, a reforma da Parte Geral do Código Penal redigida no ano de 1984, bem como a Constituição Federal de 1988, ampara a legalidade das sanções adotadas pelo art. 28 e, dessa maneira, as mesmas estão dentro dos parâmetros de sanções com caráter penal, uma vez que tais sanções têm previsão no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, quais sejam: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) e suspensão ou interdição de direitos.

Para visualizarmos se houve despenalização ou descriminalização da conduta prevista no art. 28 da lei de drogas é imprescindível analisar o significado jurídico de ambos os termos.

No entendimento da doutrina, descriminalizar é tirar a tipificação penal. É o ato legal de excluir da criminalização fato que antes era considerado crime. Já, o termo

despenalizar se refere a uma diminuição da pena para a conduta, cujas sanções que eram mais gravosas são extintas pela nova lei, passando a adotar penas mais brandas<sup>20</sup>.

Raúl Cervini entende que, mesmo não conseguindo extrair um conceito único de descriminalização, o termo seria sinônimo de condutas emprestadas do ramo do Direito Penal, podendo ser identificado em três maneiras diferentes. A primeira delas é a descriminalização formal, que afasta toda a ilicitude. A segunda é a descriminalização substitutiva, cujas sanções penais são substituídas por outras medidas. E por último a descriminalização de fato, cujo ilícito permanece o mesmo em sua forma, no entanto, o estado deixa de punir e não há mais a aplicação da pena por parte do sistema penal. (CERVINI, 2002, p.81-82). Já o conceito de despenalização, segundo Cervini, seria a diminuição da pena aplicada a um delito sem, no entanto, descriminaliza-lo, ou seja, sem arrancar da conduta o caráter da ilicitude penal (2002, p.85).

Luiz Flávio Gomes e Paulo Queiroz, afirmam que a Lei nº 11.343/06 - com foco no art. 28, realizou a retirada do caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Para ambos os autores o "crime" - embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito, foi descriminalizado formalmente, mas não houve legalização da droga, ou a chamada descriminalização substancial.

Porém, vale lembrar os posicionamentos de Vicente Greco Filho e César Roberto Bitencourt, onde Greco Filho alega que o disposto no art. 28 da atual Lei Antidrogas não ocorreu nem a despenalização nem a descriminalização. Bitencourt e Greco Filho acreditam que as medidas impostas ao infrator estipuladas no mencionado dispositivo são consideradas penas de natureza criminal.

No que se refere à natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06, depois de toda a análise, acredita-se que sua conduta trata-se de crime, com todas as consequências que podem advir de tal fato. A forma como é vista a conduta de posse de drogas para consumo pessoal na atual Lei Antidrogas, deixa claro o fato de o art. 28 continuar sendo uma conduta criminosa. Dessa maneira, houve a possibilidade de punir um crime usando somente penas alternativas.

Ao analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que a conduta de portar substância entorpecente

---

<sup>20</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza, Posse de drogas para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização? Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/> Acesso em 15/05/2017

para uso pessoal é considerada conduta de natureza criminal, cujas consequências jurídicas criminais estão expostas na Lei 11.343/06. De acordo com o posicionamento do STF, no caso do porte de drogas para o consumo pessoal, conduta típica do art. 28 da mencionada lei, ocorreu sua despenalização, assim entendendo redução e substituição da pena aplicada ao usuário e afirmando que o crime continua existindo na tipificação legal. Substitui-se a pena privativa de liberdade por outras modalidades de penas restritivas de direitos, entre elas: a advertência, prestações de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. O porte de certas substâncias tóxicas ainda implica em uma sanção àquele que se enquadra no contexto do art. 28 da Lei Antidrogas.

Assim, conforme análise apresentada, o que se conclui é que houve a despenalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal, pois a pena estipulada no art. 28 da Lei 11.343/06 foi diminuída em relação à lei anterior, não sendo identificada, dessa forma, a descriminalização. Com o advento da atual lei Antidrogas, o legislador adota uma nova postura em relação ao usuário de drogas. A lei aborda a conduta de forma mais preventiva e com caráter de ressocialização, no entanto, prevê ainda outras espécies de penas, diversas da pena de privação da liberdade, evitando as penas de prisão para a conduta especificada no art. 28 do mencionado diploma.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16º ed. São Paulo: Saraiva.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas/ Cesare Beccaria*; tradução J.Cretella Jr. E Agnes Cretella. 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BATTAGLINI, Giulio, *Diritto Penale: Parte Generale*. 3 ed. ver. atual. aument. Padova: CEDAM 1949.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema penal*. Curitiba: Editora Litéro-Técnica, 1980.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed ver. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 15 de março de 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 15 de março de 2017.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal - Parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção, repressão (Comentários à Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976)*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

GOULART, Henny. *Pennologia I*. São Paulo: Editora Brasileira de Direito LTDA.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. *lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo*. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.

LEAL, João José. *Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoa de Drogas?* Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, v.1. 10º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini, FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts 1º a 120 do CP*. 24º ed ver. e atual. São Paulo: ATLAS, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal 1º volume (Introdução e Parte Geral) 1*. São Paulo: Saraiva, 1959.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*. v.1. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *A nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência*. 2º ed. Niterói: Impetus, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Luiz Flávio, *Proibicionismo das Drogas*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932534/proibicionismo-das-drogas>> acesso em 15/05/2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza, *Posse de drogas para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?* Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/> Acesso em 15/05/2017

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3º ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAGLIUCA, José Carlos G. *Sumário penal e processual sobre a nova lei de tóxicos*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/>> Acesso em 15/05/2017



BRAMBILLA, Leandro Vilela, *No que consiste o princípio da lesividade?* Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2106131/no-que-consiste-o-principio-da-lesividade-leandro-vilela-brambilla> Acesso> em: 21/06/2017

VOLPE FILHO, Clóvis Alberto. *Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas.* Disponível em: < <https://jus.com.br/> > acesso em 07 de 05 de 2017

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão : teoria do garantismo penali.* - São Paulo : Editora Revista, 2014

SOUZA NUCCI, Guilherme de, *Leis Penais e Processuais Penais Comentada* - 7. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts 1º a 120 vl. 8º ed rev, atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

RIBEIRO, M. M. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais.* 2012. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

GARCIA, Roberto Soares. *A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.* *Boletim IBCCRIM.* São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Ed. Especial, p. 06-08. out., 2012.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.* 2006. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

## **Legislação**

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

BRASIL, Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

BRASIL, Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998.

BRASIL, Lei n° 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984.