

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

KARINA RESENDE CARULA

**A NOVA LEI DE DROGAS:
O NOVO ENFOQUE DADO AO CONSUMO DE DROGAS E AO USUÁRIO**

**CURITIBA
2008**

KARINA RESENDE CARULA

**A NOVA LEI DE DROGAS: O NOVO ENFOQUE DADO AO CONSUMO DE
DROGAS E AO USUÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

KARINA RESENDE CARULA

A NOVA LEI DE DROGAS: O NOVO ENFOQUE DADO AO CONSUMO DE
DROGAS E AO USUÁRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
Professor Luiz Eduardo Trigo Roncaglio

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2008.

À Deus que é minha luz e força permitindo meu caminhar até aqui.

À minha família pela educação e ensinamentos exemplares de vida que me orientam, dando-me base para vencer esta e todas as etapas que se apresentam.

AGRADECIMENTOS

Meu sincero agradecimento a todos, que direta e indiretamente, contribuíram para que este trabalho pudesse ser concluído, em especial ao meu orientador Professor Luiz Eduardo Trigo Roncaglio, pelo profissionalismo como cidadão, pelo conhecimento e horas a mim dispensados, para que conseguisse concretizar com êxito o trabalho que aqui me propus a realizar.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como intenção realizar um estudo aprofundado sobre o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. O objetivo principal é analisar o novo enfoque que este Diploma Legal forneceu ao consumo de drogas e ao usuário. Para tanto, num primeiro momento traçou-se uma abordagem sobre o histórico da Legislação sobre drogas no Brasil, além de uma resenha histórica sobre as drogas. Também foram estudadas as considerações gerais sobre a Lei 11.343/2006, comparando-a com a Lei 6.368/76 (revogada) em relação aos principais dispositivos modificados da parte penal. Em seguida, foram analisados detalhadamente os aspectos penais e processuais penais do artigo 28 da Lei 11.343/2006 como: sujeitos, tipo objetivo, tipo subjetivo, consumação, tentativa, as medidas alternativas previstas (impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade), o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, além de vários outros aspectos considerados importantes. Por último, foram destacados os conceitos de usuário de drogas, descriminalização, despenalização e *abolitio criminis*, para depois debater sobre a polêmica existente em relação ao artigo 28 da citada Lei e concluir que houve uma despenalização, conservando a natureza jurídica de crime ao usuário flagrado em posse de drogas para consumo próprio. Para finalização do presente trabalho, salientou-se sobre o trabalho do Juizado Especial Criminal de Curitiba, Estado do Paraná, além de outros serviços colocados à disposição do usuário de drogas, como o Sistema Único de Saúde (SUS), o CAPS ad Centro de Atenção Psicossocial- álcool e outras drogas, etc. Para a elaboração deste trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, em informativos jurídicos, jornais e artigos de Internet.

Palavras-chave: drogas; consumo; usuário de drogas; posse de drogas; descriminalização; despenalização; *abolitio criminis*; Juizado Especial Criminal Curitiba-Pr; serviços disponíveis de atendimento ao usuário de drogas; Medidas.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	8
2 A NOVA LEI DE DROGAS	11
2.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE DROGAS NO BRASIL.....	11
2.2 RESENHA HISTÓRICA SOBRE AS DROGAS.....	15
2.2.1 Classificação farmacológica das drogas.....	20
2.3 A NOVA LEI SOBRE DROGAS.....	21
2.3.1 Considerações gerais sobre a nova lei de drogas.....	22
2.4 COMPARAÇÃO DA LEI 6.368/76 COM A NOVA LEI DE DROGAS.....	26
3 ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS – POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO	35
3.1 TIPO OBJETIVO.....	35
3.2 TIPO SUBJETIVO.....	38
3.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO, OBJETO JURÍDICO, MATERIAL, CLASSIFICAÇÃO, CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	40
3.4 REQUISITO NORMATIVO DO TIPO.....	43
3.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA BAGATELA.....	44
3.6 RETROATIVIDADE DA NOVA LEI.....	48
3.7 REINCIDÊNCIA.....	50
3.8 DAS PENAS PREVISTAS NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006.....	51
3.8.1 Da advertência.....	53
3.8.2 Da prestação de serviços à comunidade.....	55
3.8.3 Da medida educativa de acompanhamento a programa ou curso educativo.....	57
3.9 PROCEDIMENTO PENAL.....	58
4 PRINCIPAIS CONCEITOS	64
4.1 CONCEITOS DE USUÁRIO DE DROGAS, DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E ABOLITIO CRIMINIS. PRINCIPAIS MEDIDAS DISPONÍVEIS PARA ATENDIMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS.....	64
4.1.1 Usuário de drogas.....	64

4.1.2 Descriminalização.....	67
4.1.3 Despenalização.....	68
4.1.4 <i>Abolitio criminis</i>	69
4.2 DA DESPENALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.....	69
4.3 DOS SERVIÇOS DISPONÍVEIS PARA O ATENDIMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS.....	78
4.3.1 Do Juizado Especial Criminal – Curitiba-Paraná.....	78
4.3.2 Dos serviços disponíveis para atendimento ao usuário de drogas.....	81
5 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	87
ANEXO	90

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho tem-se por objetivo geral analisar a Nova Lei de Drogas e o novo enfoque dado ao consumo de drogas e ao usuário. O objeto central de estudo será o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que apresenta modificações importantes em relação ao artigo 16 da Lei 6.368/76 (revogada), como por exemplo, a política criminal prevencionista em relação ao dependente e ao usuário de drogas, a previsão de medidas alternativas como: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, além da proibição da pena privativa de liberdade ao usuário flagrado na posse de droga, além de outras alterações substanciais.

A importância em desenvolver-se o tema é realizar uma abordagem aprofundada em relação ao mencionado dispositivo, que apresenta, em razão de seu novo tratamento penal dado pela Lei 11.343/2006, questão polêmica que envolve a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre se ocorreu ou não sua descriminalização.

Além disso, busca-se destacar o importante papel que o Juizado Especial Criminal em Curitiba, Estado do Paraná, com o apoio da equipe multidisciplinar do SEAMA (Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento Às Medidas Alternativas do Juizado Especial Criminal de Curitiba) desempenha para a prevenção do uso indevido e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, além de enfatizar outros serviços de atendimento disponíveis a estas pessoas.

Neste sentido, a estrutura deste estudo desdobrar-se-á em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo serão abordados o histórico da Legislação sobre

drogas no Brasil, a resenha histórica das drogas, os aspectos gerais da Nova Lei de Drogas e a sua comparação com alguns dispositivos penais da Lei 6.368/76.

O segundo capítulo analisará os reais contornos penais e procedimentais do artigo 28 da Lei 11.343/2006 como o tipo objetivo, tipo subjetivo, sujeito, objetos, além de outras discussões que envolvem o tema, como a aplicação ou não do princípio da insignificância, a retroatividade da lei mais benéfica, a reincidência, as medidas alternativas aplicáveis ao consumidor de drogas, além do procedimento previsto nesta Lei, que é do Juizado Especial Criminal.

Finalmente, no terceiro capítulo serão definidos os conceitos de usuário de drogas, descriminalização, despenalização e *abolitio criminis*, entendendo-se que houve, na verdade despenalização em relação àquele cidadão flagrado portando droga para consumo próprio. Em seguida, discorrer-se-á sobre o SEAMA-Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento às Medidas Alternativas do Juizado Especial Criminal de Curitiba, que tem como atribuição o atendimento e reinserção social do usuário e dependente de drogas. Além disso, também serão destacados os serviços de atendimento ao usuário de drogas disponíveis no Estado do Paraná.

Constata-se que a Nova Lei de Drogas apresentou avanços significativos no tratamento dado ao uso indevido de drogas, uma vez que o usuário não é mais considerado delinqüente, marginal, criminoso, e sim um cidadão que necessita de auxílio, amparo para abandonar seu consumo em relação a estas substâncias.

A Lei 11.343/2006 desprezou a política proibicionista contida na Lei 6.368/76 e adotou uma política prevencionista para a posse de drogas para consumo próprio, não mais prevendo pena de prisão ao usuário e dependente de drogas, e sim medidas alternativas mais justas e eficazes para tratamento e ressocialização destes indivíduos.

Ultimando-se, na conclusão analisa-se as idéias relevantes abordadas neste estudo.

2. A NOVA LEI DE DROGAS

2.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE DROGAS NO BRASIL

Há muito tempo o Brasil já se preocupava quanto aos problemas que as drogas causavam para a coletividade.

Várias Convenções ou Conferências foram realizadas no plano internacional com a finalidade de prevenir e reprimir a difusão da toxicomania entre os países.

Nélson Hungria, em seu livro *Comentários ao Código Penal* ensina que:

Dada a crescente difusão da toxicomania e a extensão do tráfico de entorpecentes no plano internacional (apresentando-se um desses males que afetam o *direito das gentes*), várias Conferências ou Convenções foram realizadas no sentido de uma conjunta ação preventiva e repressiva entre as nações contra o flagelo. A primeira delas foi a de Haia, em 1912 (ratificada no Brasil pelo dec. n. 11.481, de 1915), seguindo-se as de Genebra, de 1925, 1935, e 1936 (ratificadas, entre nós, respectivamente, pelos decs. ns. 22.950, de 1933, 113, de 1934, e 2.994, de 1938).¹

O mesmo autor ainda comenta sobre o primeiro diploma legal que tratou sobre a matéria:

O primeiro diploma legal que, entre nós, cuidou de reprimir penalmente o comércio clandestino dos entorpecentes foi o dec. n. 4.294, de 1921 (sob inspiração da Convenção de Haia, de 1912), a que sucederam os decs. ns. 20.930 de 11 de janeiro de 1932, 24.505, de 29 de junho de 1934, e 891, de 25 de novembro de 1938, que veio a ser alterado, na sua parte penal, pelo vigente Cód. Penal.²

Antes desse decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, consoante Vicente Greco Filho, a preocupação em relação as drogas vinha desde as Ordenações Filipinas:

¹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. arts. 250 a 361. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, V. 9, p. 134.

² *Ibidem*, p. 134-135.

Podemos encontrar a origem da preocupação da legislação brasileira pelo problema de tóxicos nas Ordenações Filipinas, que em seu título 89 dispunham: “Que ninguém tenha em casa rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso.” O Código Criminal do Império não tratou da matéria, mas o regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.³

No entanto, o artigo 281 do Código Penal de 1940 (Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), foi um importante instrumento de proibição do tráfico de entorpecentes, cuja parte especial vige até hoje. No livro *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas* de Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel, a importância deste tipo penal do crime é descrita da seguinte forma:

O Brasil já teve a proibição penal do tráfico de drogas no texto do Código Penal de 1940, cuja parte especial vige até hoje. O tipo estava previsto no então revogado artigo 281 e regulamentava a matéria toda, tornando fácil o acesso da informação sobre a lei, nos termos que preconizava Beccaria.⁴

Diante da importância histórica que tem tal dispositivo, que seria posteriormente transformado em lei separada que regulamentava o assunto, transcreve-se o seu teor na íntegra:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor a 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.

Parágrafo 1. Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

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

Parágrafo 2. 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 que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

Parágrafo 3. As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

- I. instiga ou induz alguém a usar entorpecente;
- II. utiliza local, de que tem 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. contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

³ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei n. 10.409/2002 e à parte em vigor da Lei n. 6.368/76*. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

⁴ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11. 343/2006)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 12.

Parágrafo 4. As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.⁵

A crítica que se fez a este artigo foi de que não se distinguiu o uso de substância entorpecente do tráfico de drogas. Ambas as condutas eram tratadas de igual maneira, sem nenhuma distinção.

O artigo 281 do Código Penal de 1940, foi modificado pela Lei 4.451, de 4 de novembro de 1964 e pelo Decreto-lei n. 385, de 26 de novembro de 1968.

Mas, foi a Lei n. 5.726 de 29 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto n. 69.845, de 27 de dezembro de 1971, que merece destaque por ser a mais completa e fundamental no combate aos entorpecentes.

Sobre a Lei n. 5.726 de 1971, Vicente Greco Filho, comenta que:

A Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971, dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao art. 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial.⁶

Em momento posterior a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, veio a substituir e aperfeiçoar a Lei n. 5.726, exceto quanto ao artigo 22, que dispõe a respeito do procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de entorpecente.

A Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002 pretendia substituir a Lei n. 6.368/76, mas foi vetada em sua parte penal por conter inúmeros vícios de inconstitucionalidade e falhas técnicas, sendo vigente apenas a parte referente à matéria processual.

⁵ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 3-4.

⁶ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 38-39.

Assim, a legislação brasileira sobre drogas era composta por duas Leis: A Lei 6.368/76 que regulamentava sobre os crimes e as penas no que diz respeito aos entorpecentes e, a Lei 10.409/02, que dispunha sobre o procedimento a ser seguido em caso de cometimento desses crimes relacionados pela Lei n. 6.368/76.

A respeito desses diplomas normativos, oportuno citar os posicionamentos de Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel:

A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, tratou da matéria até mesmo depois da edição da Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que pretendeu regulamentar todo o tema, mas foi vetada em seu Capítulo III, deixando intacta a matéria dos tipos e das penas previstas no Capítulo III da Lei 6.368/1976. Na verdade, a mal elaborada Lei 10.409/2002 trouxe mais polêmica do que benefícios para a matéria em nosso país.(...) Certa vez, quando fez comentário sobre dispositivo da agora revogada Lei 6.368/1976, Miguel Reale Júnior fez ácida crítica aos comentadores da “lei de tóxicos” que têm “o vezo de realizar uma interpretação servil dos dispositivos penais, com perfunctória exegese gramatical, sem uma adequada visão sistemática das normas, afastando-se, ordinariamente, de postura crítica diante das inconsistências criadas pelas modificações realizadas pelo legislador.”⁷

A crítica que se fazia quando eram vigentes estas duas leis, era que a legislação brasileira no tocante as drogas funcionava como uma verdadeira “colcha de retalhos”. Seria necessária uma lei que unificasse essas duas leis de forma coerente e harmônica, e mudasse a política criminal em relação às drogas.

E, foi com esse intento que surgiu a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que, expressamente, em seu artigo 75, revogou as duas legislações anteriores sobre tóxicos, trazendo uma nova visão em relação ao usuário e ao traficante de drogas.

⁷ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 4.

2.2 RESENHA HISTÓRICA SOBRE AS DROGAS

Embora não existam provas suficientes da origem das drogas, pode-se dizer que o interesse do ser humano pelas drogas é tão antigo quanto ao interesse por si mesmo. Em outras palavras, as drogas existem desde a época em que surgiu o homem.

Segundo Celso Maçaneiro, em seu livro *Prevenção e Tratamento do Álcool e Drogas na Empresa* sobre o histórico das drogas, relata que:

Então, pode-se acrescentar que a droga existe desde que a nossa espécie começou a interagir no mundo. O álcool, até 1250 d.C., era consumido com um baixo teor alcoólico das bebidas fermentadas (de 10 graus a 20 graus), só então começaram a serem destiladas, chegando estas a um teor alcoólico de 50 graus ou mais.

A partir de 1.500 d.C. com os descobrimentos, através das grandes navegações, houveram contatos entre os continentes, a disseminação e trocas de drogas começaram a acontecer. Já se configurava o tráfico. O ópio da China, por exemplo, foi fruto dessas trocas por vias marítimas e durante séculos foi fumado, começando seu uso hipodérmico a partir de 1583.⁸

A droga considerada mais comum e mais antiga é o álcool. Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva, no livro *Comentários à Nova Lei Sobre Drogas* explicam que:

Tanto a história bíblica quanto as mitologias grega e romana trazem relatos acerca do uso de bebidas alcoólicas. Temos o exemplo do patriarca Noé (Gênesis 9.20-21); Dionísio, da mitologia grega; e Baco, da mitologia romana. Baco era criado como filho de Júpiter e Sêmele, e considerado o deus do vinho e da fecundidade. Entre os romanos, de três em três anos, celebravam-se festas de honra a Baco, as bacanais. Baco é também conhecido por Líber, porque o vinho, alegrando o espírito, livra-o momentaneamente de toda preocupação. As outras designações são: Jacus, Tioneus e Leneus.

O álcool é a droga mais comum de consumo e também a mais antiga conhecida pelo homem, eis o motivo pelo qual é a mais tolerada pela sociedade de todos os tempos, desde que não atinja os limites perigosos da embriaguez.⁹

⁸ MAÇANEIRO, Celso. *Prevenção e Tratamento do Álcool e Drogas na Empresa*. Curitiba, 2002, p. 21.

⁹ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da. *Comentários à Nova Lei Sobre Drogas: Lei 11.343/06*. Campinas, SP: Millennium, 2007, p.1.

Em relação à origem do uso do ópio e da maconha, oportuno citar as informações de Roseli Boerngen de Lacerda contidas na *Revista Igualdade Temática: Drogadição* do Ministério Público do Estado do Paraná-Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente:

A maconha é supostamente originária da Ásia Central, pois cresce até hoje espontaneamente no Himalaia. Suas primeiras referências datam de 12.000 a .C. e o seu efeito euforizante já tinha sido descoberto na Índia em torno de 2.000 a 1.400 a .C. Essa droga era usada para estimular o apetite, curar doenças venéreas e induzir o sono (GONÇALVES, 2005). Na China, foram encontrados seus primeiros restos datados de aproximadamente 4.000 a .C, e seus usos terapêuticos estavam presentes num tratado de medicina chinesa do século I (SEIBEL; TOSCANO, 2001).(...)

O uso do ópio provavelmente iniciou-se na Mesopotâmia, 3.000 anos antes da era cristã. Ele era considerado como símbolo mitológico dos antigos gregos e era revestido de um significado divino. Seus efeitos eram vistos como uma dádiva dos deuses destinada a acalmar os enfermos ou aqueles que de algum mal padeciam. Na Odisséia, Homero relata que a bela Helena ofereceu a Telêmaco uma bebida que fazia esquecer a dor e a infelicidade. Na Europa do século XIX, observou-se o abuso do ópio sob a forma medicinal (SEIBEL; TOSCANO, 2001; LESSA, 1998).¹⁰

Como se observa, o uso das drogas varia de acordo com o contexto histórico e cultural de cada região. Na história antiga, essas substâncias alucinógenas estavam sempre presentes em rituais mágicos, religiosos e para curar doenças. Como exemplo disso, Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva relatam que:

No Brasil existem seitas que consomem um chá alucinógeno extraído de plantas como a hoasca- União dos Vegetais- e a ayahusca- Santo Daime- em que, por meio de um ritual comunitário de música e preces, as pessoas descobrem nas mirações uma forma de entrar em contato com o divino.¹¹

Mas, foram na Primeira e na Segunda Guerra Mundial que foi disseminado o uso e a dependência em relação à droga, utilizada ora como fonte de energia para os combatentes, ora como estratégia para amenizar a dor dos feridos.

¹⁰ LACERDA, Roseli Boerngen de. *Revista Igualdade Temática: Drogadição*, livro 41, ano XIV, n. XLI, ed. Especial. Curitiba, março 2008. p. 2-3.

¹¹ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., p.2.

Nélson Hungria, em sua doutrina *Comentários ao Código Penal* expõe o seguinte:

O recrudescimento da toxilatria teve início com a generalizada desgraça e difusa depressão moral consecutiva à primeira Grande Guerra. No seu livro *Vícios sociais elegantes*, PERNAMBUCO FILHO e ADAUTO BOTELHO assim discorrem: “a carne martirizada na trincheira, o espírito oprimido pelo ódio e pela paixão, buscaram no estupefaciente uma partícula do esquecimento. Tóxico contra tóxico. A cocaína era a distração, o consolo, o repouso...A disciplina e a vigilância de nada valeram. A exaltação cerebral, que acompanha os grandes cataclismas, foi mais forte, e para aumentar a audácia, a energia e o desprezo pela vida, o homem procurou no tóxico o estimulante almejado. Depois, para adormecerem as lembranças tétricas e as desventuras cruéis, o ódio e talvez a recordação de ilusões desfeitas, quando a guerra chegou ao seu fim, os débeis da vontade buscaram no ópio e nos seus derivados, as promessas de apaziguamento que o “deus negro” do Oriente lhes fazia. Assim cresceu o vício.”¹²

Para sintetizar os ensinamentos de Nélson Hungria, os doutrinadores Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva expõem que:

Durante a Primeira Guerra Mundial, foi generalizado o uso da morfina para minimizar as dores físicas; e, durante a Segunda Grande Guerra, foi disseminado o uso de anfetaminas para combater o sono, a fadiga e a fome, o que ocasionou sérias dependências, em ambos os casos.¹³

O doutrinador Nélson Hungria ainda fez menção do uso de tóxicos no Brasil, cujo vício se deu por influências culturais de outros países.

No Brasil, a propagação do vício realizou-se, principalmente, por imitação simiesca dos ambientes depravados do Velho Mundo ou da América do Norte. Os nossos toxífilos tanto existem entre gente da malavita ou do sombrio bas-fond (em que predomina o vício de fumar “maconha”, chamada mesmo o “entorpecente dos pobres”), quanto no “mundo elegante”, entre a clientela dos cabarets, dos night-clubs e dancings, ou nos ambientes da prostituição de “alto bordo”.¹⁴

Com o avanço da ciência e sua modernidade, surgiram as drogas sintéticas, produzidas em laboratório, cujos efeitos são mais potentes que as outras drogas

¹² HUNGRIA, Nélson, op. cit., p. 127.

¹³ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., p.2.

¹⁴ HUNGRIA, Nélson, op. cit., p. 128.

encontradas na natureza. Estas drogas encontradas na natureza, quando levadas em laboratório, são transformadas e produzidas em outras de forma artificial, sendo chamadas de drogas sintéticas. São exemplos de drogas sintéticas: Ecstasy, LSD, ICE, Metanfetaminas, Narcóticos, dentre outras.

Muitas dessas substâncias eram utilizadas como forma de tranqüilizantes nos anos 50, sendo seu uso costumeiro até nos dias atuais. Roseli Boerngen de Lacerda, ensina que:

Nos anos 50, a utilização de drogas sintéticas com efeito tranqüilizante, como os benzodiazepínicos, acentuou-se. Situações que eram consideradas mazelas existenciais começaram progressivamente a ser tratadas com esses calmantes, que ajudam a aliviar as tensões do dia e permitem um sono mais tranqüilo. Nos dias de hoje, o uso de calmante é prática costumeira em todas as classes sociais, faz parte da cultura da medicação (LESSA, 1998).¹⁵

Mas foi o movimento hippie nos anos 60 que foi o mais conhecido no meio social de propagação do uso das drogas. Naquela época o uso dos tóxicos era uma forma de criticar o sistema social e cultural que predominava no país. Importante citar mais uma vez os dizeres da autora anteriormente citada:

Nos anos 60, o movimento hippie floresce com uma proposta revolucionária, onde a juventude transforma-se em um grupo de contestação radical aos valores incorporados pela sociedade. Através de suas roupas, músicas e drogas, o movimento hippie pregava uma "ideologia libertatória", que buscava sair do sistema social e cultural convencional, buscando criar um mundo alternativo e novas formas de pensar, sentir e perceber a realidade. Os hippies utilizavam drogas psicodélicas e experiências místicas que proporcionavam efeitos prazerosos e alteravam o estado de consciência (LESSA, 1998).(...)

A faixa etária dos usuários de droga começa a se alargar. O que até os anos 50 era prática do adulto, nos anos 70 amplia-se tanto para os adolescentes quanto para os idosos. Enquanto os jovens recorrem com maior frequência às drogas ilícitas como a cola de sapateiro (solvente), a maconha e a cocaína, os idosos fazem uso das drogas lícitas como o tabaco, o álcool, a cafeína e os medicamentos (LESSA, 1998).¹⁶

Atualmente, a droga é um dos mais sérios problemas de ordem biopsicosocial da humanidade. Cresce em número cada vez mais alarmante o seu uso, tanto no

¹⁵ LACERDA, Roseli Boerngen de, op. cit., p. 4.

¹⁶ Idem.

Brasil, como em diversos outros países do mundo, podendo ser considerada como uma epidemia. Apenas para fins exemplificativos, o estudo do CEBRID (Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas da UNIFESP) feito nos anos de 2001 e depois em 2005 no Brasil, apontou um aumento no uso destas substâncias pela sociedade brasileira. Deste estudo as conclusões foram as seguintes:

Em 2005, o CEBRID realizou o segundo levantamento domiciliar seguindo a mesma metodologia, exceto que neste levantamento foram avaliadas 108 cidades, pois mais uma atingiu os 200 mil habitantes. A prevalência de uso na vida para qualquer droga (exceto tabaco e álcool) foi de 22,8%, sendo a maior porcentagem observada na região Nordeste, onde alcançou 27,6%, e a menor foi na região Norte com 14,4%. A média brasileira de prevalência de uso na vida de álcool foi de 74,6%, sendo a menor taxa observada na região Norte (53,9%) e o maior na Sudeste (80,4%). São observados mais dependentes de álcool para sexo masculino.(...)

O uso na vida de algumas drogas como anabolizantes, maconha, energéticos, cocaína e esteróides têm maior incidência nos indivíduos do sexo masculino, ao passo que, drogas como anfetamínicos e ansiolíticos são mais usadas por indivíduos do sexo feminino, confirmando dados dos estudos anteriores. Em relação ao uso freqüente (quando a pessoa utilizou droga psicotrópica seis ou mais vezes nos trinta dias que antecederam a pesquisa) a região sul está na frente dos demais estados e da média nacional, com 12,9%. Uso na vida de qualquer droga exceto álcool e tabaco foi de 22,6% considerando todo o Brasil.¹⁷

Os estudos do CEBRID apontam que a droga é um problema preocupante no Brasil, sendo o álcool a mais consumida por ser aceita culturalmente na sociedade. Geralmente o enfoque é realizado em relação às drogas ilícitas, como a maconha e a cocaína, esquecendo de informar sobre os reais perigos que as drogas lícitas também podem causar ao usuário. Dessa forma, tanto as drogas ilícitas e permitidas causam preocupação na sociedade brasileira, por afetar o indivíduo a ponto de que este entre inclusive, no mundo da criminalidade.

¹⁷ LACERDA, Roseli Boerngen de, op. cit., p. 10-13.

2.2.1 Classificação farmacológica das drogas

Segundo os doutrinadores Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva, sobre o conceito de droga:

O vocábulo droga é de origem persa, e significa demônio. Segundo a Organização Mundial da Saúde, droga é toda substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções. Já tóxico, é toda droga capaz de provocar, após introduzida no organismo vivo, reações graves. Entorpecente é toda droga capaz de provocar entorpecimento ou torpor. Narcótico, por sua vez, é a droga opiácea que, introduzida no organismo vivo, é capaz de provocar sedação e analgesia.¹⁸

As drogas psicotrópicas são substâncias que agem sobre o sistema nervoso central, podendo causar à pessoa dependência química e são divididas em três categorias: psicoléticos ou tranqüilizantes, psicanaléticos ou estimulantes e os psicodisléticos ou psicodélicos.

Os mesmos autores citados anteriormente fazem comentários em relação a esta classificação das drogas psicotrópicas:

1. Psicoléticos ou tranqüilizantes são aqueles que diminuem o tono psíquico, seja diminuindo a vigília, estreitando a faixa de poder intelectual, ou deprimindo as tensões emocionais. São as drogas opressoras, como os barbitúricos;
2. Psicanaléticos ou estimulantes são aqueles que aumentam o tono psíquico, estimulando a vigília, melhorando a fadiga e agindo sobre as depressões. São as drogas estimuladoras, como as anfetaminas;
3. Psicodisléticos ou psicodélicos são aqueles que produzem distorções, desvios ou anomalias na atividade cerebral. São as drogas perturbadoras e alucinógenas, como a LSD, o ópio, a cocaína, o crack etc.¹⁹

Esta é, portanto a classificação farmacológica das drogas. As drogas psicotrópicas são substâncias químicas, de origem natural ou sintética, que agem sobre o sistema nervoso central do ser humano, podendo causar neste várias

¹⁸ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., p.3.

¹⁹ Idem.

alterações de comportamento, humor, cognição, percepção, inclusive, podendo levar ao abuso e à dependência química.

2.3 A NOVA LEI SOBRE DROGAS

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 teve como origem o Projeto de Lei do Senado n. 115 de 2002 elaborado pelo Grupo de Trabalho (Subcomissão) Crime Organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro (Grupo 3) em 06 de maio de 2002.

Sobre o processo de elaboração desta lei, oportuno citar os dizeres da autora Alice Bianchini descritos no livro *Lei de Tóxicos Comentada*, coordenado por Luiz Flávio Gomes:

(...) Em 20 de agosto foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão, quando recebeu o número 7.134/2002.

Ao projeto, a Câmara ofereceu substitutivo, com inúmeras e substanciais alterações, remetendo-o novamente ao Senado em 17 de fevereiro de 2004, quando a matéria passou a tramitar como Substitutivo da Câmara dos Deputados- SCD 115/2002.

Em 20 de julho de 2006, o projeto foi remetido à Casa Civil. Às vésperas de ultimar o prazo para a sanção presidencial, em 02 de agosto de 2006, houve a republicação, pelo Senado, do Parecer 932, de 2006 que ofereceu a redação final do projeto, a fim de que fosse incluído em seu texto o inciso III do art. 40, aprovado na forma do texto original do Senado, bem como para excluir o parágrafo único do art. 65, rejeitado pelo plenário da Casa, deliberações estas ocorridas no dia 12 de julho de 2006, determinando-se envio de novos autógrafos à Presidência da República. A Lei foi sancionada em 23 de agosto de 2006.²⁰

Como esta Lei foi publicada em 24 de agosto de 2006, a sua entrada em vigor ocorreu no dia 08 de outubro de 2006, tendo em vista o seu artigo 74 estabeleceu que a referida Lei entraria em vigor 45 dias após sua publicação.

Este novo Diploma legal de iniciativa do Senado Federal, surgiu com a finalidade de sanar as dificuldades que até então as duas leis vigentes

²⁰ GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo*: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

apresentavam no campo do direito penal. Assim, acabando com tais problemas, revogou as Leis 6.368/76 e a 10.409/02, passando a valer como diploma legislativo de caráter nacional.

2.3.1 Considerações gerais sobre a nova lei de drogas

A nova Lei, em seu artigo 1º, instituiu o SISNAD-Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, cuja política criminal de drogas adotada se mostra coerente com os dias atuais. Assim dispõe o artigo 1º desta nova Lei:

Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas- SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

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

Os artigos 3º a 17 da Lei 11.343/06 e o Decreto 5.912 de 27 de setembro de 2006 tratam das questões referentes ao SISNAD, como a sua composição, seus objetivos, a sua organização, além de outras peculiaridades desse Sistema.

A preocupação deste novo Diploma normativo está voltada, mais precisamente, na prevenção do uso de drogas. Diferentemente das duas leis revogadas (Lei 6.368/76 e a 10.409/02), a Lei 11.343/06 distingue o usuário do dependente de drogas, apresentando atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas.

A Resolução 3 do CONAD-Conselho Nacional Antidrogas, de 27 de outubro de 2005 reconhece a diferença existente entre a figura do usuário de droga, que

geralmente experimenta ou faz uso eventual da substância entorpecente e, que não se torna dependente, do dependente químico e do traficante de drogas. Segundo o CONAD, órgão que integra o SISNAD, vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, reconhecer tais diferenças são importantes, na medida em que o tratamento a estas pessoas deve se dar de forma diferenciada.

O artigo da internet intitulado *Redução de Danos*, de Carlos Passarelli, Denise Doneda e Denise Gandolfi, citado no livro de Luiz Flávio Gomes, expõe o seguinte:

Durante a vigência da Lei 10.409/2002 operou-se uma grande confusão entre usuário e dependente. Para se compreender a gravidade do problema, cita-se o tratamento compulsório, destinado seja para usuários, seja para dependentes. Estudos demonstram que a maioria das pessoas que experimentam ou que fazem uso eventual de droga não se torna necessariamente dependentes.²¹

Fundamental salientar que a Lei 11.343/06 substituiu a expressão “substância entorpecente” adotada pelas leis 6.368/76 e 10.409/02 pelo vocábulo “drogas”, optando por uma denominação genérica das substâncias.

O parágrafo único do artigo 1º da referida Lei define drogas como substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União. Esta substituição das expressões acima referidas foi necessária para eliminar discussões doutrinárias a respeito do tema, pois nem todas as substâncias causadoras de dependência seriam entorpecentes, de acordo com a Lei 6.368/76. Como a revogada Lei de Tóxicos utilizava a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” havia discussão em sede doutrinária

²¹ DONEDA, Denise; GANDOLF, Denise; PASSARELI, Carlos apud GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 24.

e jurisprudencial, se determinada substância, embora não designada oficialmente como entorpecente, pudesse causar dependência.

Com a vigência da Nova Lei de Drogas, a mudança de terminologia por “drogas”, envolvendo, não apenas os entorpecentes, mas também substâncias que causem dependência física ou psíquica e que estejam descritas em dispositivo legal competente, encerrou com a polêmica em torno desse assunto.

Consoante ensinamentos de Luiz Flávio Gomes:

Trata-se de uma norma penal em branco. Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28).²²

Cuida-se, portanto, de uma norma penal em branco que exige um complemento normativo para que se possa falar em tipicidade penal.

No que diz respeito à política criminal de drogas, pode-se afirmar que a nova Lei traz duas tendências: a proibicionista, que se aplica contra a produção não autorizada e ao tráfico de drogas, e a prevencionista, aplicada ao usuário e dependente de drogas.

Trata-se de uma significativa mudança de ideologia. Esta Lei prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e, de outro lado, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Trata-se de uma proposta que busca equilibrar essas condutas, buscando maior estabilidade e o bem-estar de toda a sociedade.

²² GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 26.

E, foi com base nesta política prevencionista em relação ao usuário e dependente de drogas, que hoje se discute entre os juristas se a conduta descrita no artigo 28 desta Lei, teria o caráter de descriminalização, despenalização, ou de *abolitio criminis*.

Esta discussão será abordada no presente trabalho em momento posterior. Importa aqui dizer é que a Nova Lei, ao investir na prevenção no que concerne ao uso de drogas e na proibição no que concerne ao tráfico de drogas e à produção não autorizada, adotou uma política criminal inteligente, voltada para resultados mais eficazes e positivos, tratando desses problemas com seriedade, o que não faziam as Leis anteriores.

Luiz Flávio Gomes, sobre o assunto, argumenta:

A política proibicionista em relação ao usuário de drogas é marcada por sua incapacidade de resolver o problema que se dispôs a enfrentar. Ela também se destaca pelos inúmeros aspectos negativos advindos de sua utilização, dentre eles o ingresso do sujeito envolvido com drogas no mundo da clandestinidade, o que, tratando-se de dependente, dificulta e muitas vezes inviabiliza o acesso a programas assistenciais. Além disso, a criminalização “ apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos; favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes, e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção.(...)”

Todas essas conclusões encontram-se amparadas, no âmbito sócio-jurídico, pela criminologia crítica, pelo Direito Penal mínimo e pelo garantismo penal, disciplinas que compõem o modelo integrado de ciências criminais, cujos estudos se voltam, principalmente, para os efeitos perversos da criminalização e as formas de amenizar ou de neutralizá-los.

A política de descriminalização do uso de drogas cada vez mais granjeia adeptos, tendo sido adotada pela maioria dos países da Europa Ocidental. “ A descriminalização de todos os tipos de drogas é uma realidade hoje em Portugal, Itália e Espanha; enquanto que Bélgica, Irlanda, Luxemburgo descriminalizaram somente a maconha, e o Reino Unido recentemente desclassificou a *Cannabis*, cujo usuário passou a ser controlado apenas pela polícia, sem possibilidade de prisão.

O relatório do EMCCDA (*European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*), de novembro de 2005, informa que a maioria dos membros da União Européia instituíram inúmeras alternativas para adiar, evitar ou substituir a pena de prisão. No mesmo sentido é a recomendação do Conselho da EU (Plano de Ação de Drogas da União Européia de 2005-2008).

No caso de produção e tráfico de drogas, como dito, a Lei optou pelo modelo proibicionista. A produção, entretanto, é excepcionada quando há um interesse medicinal ou científico.²³

Portanto, de forma acertada, a Lei de Drogas foi coerente ao atribuir tais políticas em relação a estas condutas antes descritas. Até porque a prisão daquele que consome a droga por vício, não resolveria o problema da dependência física e psíquica. Aliás, tal problema seria agravado, até porque estes não teriam acesso a programas de tratamento, e sim a criminalidade, à delinqüência, marginalização. Correto é apenas proibir o tráfico e a produção não autorizada de drogas. Quanto às outras condutas, o correto é adotar políticas voltadas à prevenção e a reinserção social do usuário, como propõe a Nova Lei de Drogas.

2.4 COMPARAÇÃO DA LEI 6.368/76 COM A NOVA LEI DE DROGAS

A Lei 11.343 trouxe significativas mudanças no trato com as drogas. Importante salientar algumas:

1. Introduziu uma política criminal de prevenção ao uso de drogas, de assistência e reinserção social do usuário, eliminando a pena de prisão ao usuário de drogas;

2. Introduziu uma política criminal proibicionista, com maior rigor punitivo ao traficante e financiador do tráfico de drogas;

3. Diferenciou o usuário do dependente, bem como o traficante profissional do ocasional;

4. Criou o SISNAD- Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas;

²³ GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 28-30.

5. Instituiu novos crimes relativos às drogas;
6. Criou um novo procedimento criminal.

Sobre a parte penal, que trata dos crimes e das penas, a primeira comparação a fazer é em relação ao artigo 16 da Lei 6.368/76 com o artigo 28 da Lei 11.343/2006:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para 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 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”

“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.

A Lei 11.343/2006 criou novas figuras típicas com os verbos transportar e ter em depósito. Passou a prever penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, além de tipificar a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de

pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

A antiga Lei 6.368/76, em seu artigo 12, parágrafo 1º, também previa a conduta descrita no parágrafo 1º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, qual seja, de semear, cultivar ou fazer colheita de planta destinada à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. A diferença é que com a Lei revogada havia uma discussão: não se sabia se essa figura típica seria equiparada ao tráfico, ou se enquadraria no artigo 16 da Lei 6.368/76, ou ainda, se o fato era atípico.

Fernando Capez, em sua obra *Curso de Direito Penal*, destaca essa polêmica:

Havia três posições a respeito do tema. Vejamos: (a) o fato enquadrava-se no art. 16; (b) o fato enquadrava-se no art. 12, parágrafo 1º, II; (c) o fato era atípico. Prevalencia a primeira posição, que tinha como justificativa a incidência da analogia *in bonam partem*. Explica-se: como não existia a previsão específica para o plantio para uso próprio, a solução aparente seria jogar a conduta na vala comum do plantio, figura equiparada ao tráfico. Assim, para evitar-se um mal maior, aplicava-se a analogia com relação às figuras do art. 16 (trazer consigo, guardar e adquirir para uso próprio) e nele se enquadrava o plantio para fins de uso. Não nos parecia a solução correta. O plantio para uso próprio não estava previsto em lugar nenhum, nem como figura equiparada ao art. 12, nem como figura analógica ao art. 16: tratava-se de fato atípico. A analogia aqui não consistia em estender o alcance da norma do art. 16, para evitar o enquadramento no art. 12, mas em aplicar o art. 16 a uma hipótese não descrita como crime. Por essa razão, violava o princípio da reserva legal. Acabando com essa celeuma, o fato passou a constituir crime nos moldes da Lei 11.343/2006.²⁴

Agora, com a Nova Lei de Drogas esta polêmica perdeu sentido, pois quem semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física e psíquica, para seu consumo pessoal, incidirá nas medidas do artigo 28, parágrafo 1º da Lei sob enfoque.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, V. 4, p. 687-688.

A política criminal da Lei 6.368/76 era proibicionista, punindo com rigor, com pena de detenção, de 6 meses a 2 anos e pagamento de 20 a 50 dias-multa quem utilizasse o entorpecente para consumo próprio. Apesar de ser um crime de menor potencial ofensivo, sujeitando-se ao procedimento da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), admitia-se a imposição da pena privativa de liberdade.

Com a Nova Lei de Drogas, o artigo 28 não admite a imposição de pena privativa de liberdade. As penas serão de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Desta maneira, não há possibilidade de prisão em flagrante, devendo ser lavrado termo circunstanciado neste caso. Ademais, cuida-se também de infração de menor potencial ofensivo, sujeita ao procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, exceto se houver concurso com os crimes inscritos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas.

A Lei 11.343/2006, também fez significativas mudanças para o delito de tráfico de entorpecentes, se comparada com a Lei 6.368/76. Dispõem os artigos 12 da Lei 6.368/76 e 33 da Lei 11.343/2006:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena-Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

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

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

A Nova Lei de Drogas manteve as dezoito condutas típicas do artigo 12 da Lei revogada. As expressões “fornecer ainda que gratuitamente” ou “entregar de

qualquer forma a consumo” foram modificadas para “entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”. Outra modificação importante, foi que a Lei atual concedeu tratamento mais rigoroso ao traficante de drogas, pois a pena que era de 3 a 15 anos passou a ser de 5 a 15 anos, além de uma multa mais onerosa (500 a 1.500 dias-multa).

Em relação ao tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, o artigo 12 parágrafo 1º, inciso I da Lei revogada e o artigo 33 parágrafo 1º, inciso I da Nova Lei de Drogas assim estabelecem:

Art. 12 (...)

parágrafo 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

Art. 33 (...)

parágrafo 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;

A primeira diferença relacionada ao tráfico de matéria-prima é que o artigo 33, parágrafo 1º da Lei 11.343/2006 inseriu como objeto material do crime, após a palavra matéria-prima, “o insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, o que não existia na Lei anterior.

A Nova Lei também introduziu expressamente a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, além de modificar a aplicação da expressão “ainda que gratuitamente” que antes só se relacionava com a conduta de fornecer.

Sobre a sementeira, cultivo ou colheita de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, ambas as Leis rezam que:

Art. 12 (...)

parágrafo 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

II- semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Art. 33 (...)

parágrafo 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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;

Além de introduzir expressamente a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, o artigo 33, parágrafo 1º inciso II da Lei 11.343/2006, em comparação com o artigo 12, parágrafo 1º, inciso II, substituiu a expressão “ plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica” pela expressão “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”.

Importantes modificações foram feitas ao comparar o artigo 12, parágrafo 2º, inciso II, e o artigo 33, parágrafo 1º, inciso III. Eis algumas considerações a respeito:

Art. 12 (...)

parágrafo 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

II- utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Art. 33 (...)

parágrafo 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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.

O artigo 33, parágrafo 1º, inciso III da Nova Lei de Drogas também inseriu de forma expressa a expressão “ sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Passou a se referir não apenas à utilização de local, mas também a bem de qualquer natureza.

Uma mudança substancial foi que a Lei atual descriminalizou a conduta de utilizar local ou bem de que tem a propriedade, posse, administração, etc. ou consentir que outrem dele se utilize para o uso indevido de drogas.

Mais uma vez é oportuno trazer à baila os ensinamentos de Fernando Capez:

A nova Lei, no entanto, acabou descriminalizando a conduta daquele que utiliza o local ou bem ou consente que outrem dele se utilize para o fim de uso indevido de drogas. Assim, o vigia de um estacionamento que consente que viciados fumem maconha, durante a noite, no local, não responderá por essa figura equiparada ao tráfico, tendo se operado verdadeira *abolitio criminis*.²⁵

Trata-se de uma nova Lei mais benéfica, que só faz referência ao tráfico ilícito de drogas, havendo *abolitio criminis* em relação àquele que utiliza local ou consente que outrem dele se utilize para fins de uso indevido de drogas.

Fundamental citar as alterações trazidas pela nova Lei no que diz respeito ao induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga. Rezam os artigos 12, parágrafo 2º, inciso I da Lei 6.368/76 e o 33, parágrafo 2º:

Art. 12 (...)

parágrafo 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I- induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

Art. 33 (...)

Parágrafo 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.

A Lei anterior considerava a conduta de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas como equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes, o que não ocorre na Lei atual.

A pena que antes era de 3 a 15 anos de reclusão e pagamento de 50 a 360 dias-multa, passou a ser mais benéfica, sendo de detenção de 1 a 3 anos e multa de

²⁵ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 711.

100 a 300 dias-multa. Esta é uma hipótese de *novatio legis in melius*. A única situação de tratamento mais rigoroso ao agente foi no caso do limite mínimo da pena de multa que foi aumentado para 100 dias-multa.

Sobre a conduta de incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de drogas, a nova Lei de Drogas não tratou do assunto que antes era disciplinado pelo artigo 12, parágrafo 2º, inciso III da Lei revogada.

Art. 12 (...)

parágrafo 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

II- contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Da Leitura da atual Lei sobre drogas, aquele que contribuir para incentivar ou difundir o uso indevido de droga, poderá sofrer as sanções do artigo 33, parágrafo 2º deste Diploma normativo.

Por fim, a última comparação entre ambas as Leis é em relação à cessão gratuita e eventual de droga. Assim dispõe o artigo 33 parágrafo 3º da Lei 11.343/2006:

Art. 33 (...)

§ 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.

A Lei 6.368/76 não tratava deste tema, apesar de que a jurisprudência tipificava esta conduta no artigo 12 deste Diploma Legal.

Importante destacar os entendimentos jurisprudenciais citados por Fernando Capez, em seu livro *Curso de Direito Penal*:

O STF entendia que a legislação penal brasileira não tinha feito qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornecesse gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializasse a substância tóxica, inclusive entendendo, também, que não descaracterizava o delito de tráfico de entorpecente o fato de ter sido apreendida em poder do réu pequena quantidade de tóxico. O STJ, do mesmo modo, já havia decidido que o fornecimento gratuito estava perfeitamente tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/76.²⁶

Como a atual Lei tipificou a conduta de cessão gratuita e eventual de drogas, hoje restou superada a jurisprudência que entendia que a conduta era equiparada ao tráfico ilícito de drogas. Como consequência disso, esta regra atual não se sujeita ao regime mais gravoso da Lei 8.072/90 e da Lei 11.343/2006.

Trata-se, então, de uma nova Lei mais benéfica, já que antes o fato era enquadrado no artigo 12 da Lei 6.368/76, ou seja, num regime mais rigoroso. Desta forma, todo aquele que oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem poderá ser beneficiado pela nova Lei de Drogas que, por ser mais benéfica, poderá retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

Estas são algumas das alterações ocorridas com o advento da Nova Lei de Drogas. Muitas foram as modificações trazidas pela Lei 11.343/2006, tanto na parte penal como na procedimental. Foram realizadas comparações com a Lei revogada apenas no que concerne a alguns dispositivos da parte penal, considerados importantes. Quanto ao procedimento, este será tratado em momento oportuno no terceiro capítulo deste trabalho.

²⁶ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 715.

3 ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS - POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

Antes de tratar sobre a discussão acerca da natureza político-criminal do artigo 28 da Nova Lei de Drogas, ou seja, se houve descriminalização, despenalização ou legalização da posse de drogas para consumo próprio, cabe neste capítulo da presente monografia analisar, de forma atenta, os aspectos gerais do referido dispositivo, delineando seus reais contornos típicos.

3.1 TIPO OBJETIVO

O tipo penal do artigo 28, caput, da Lei 11.343/2006 substituiu o artigo 16 da Lei 6.368/76, dando novo enfoque ao uso indevido de drogas. As alterações ocorridas com o advento da Nova Lei de Drogas foram significantes, sendo que outras condutas foram inseridas no novo tipo penal para caracterizar a posse de drogas para consumo próprio.

Mais dois verbos foram acrescentados: transportar e ter em depósito. A partir disso, o artigo 28 da referida Lei passou a ter a 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:
(...)

Sobre esses verbos do tipo anteriormente descrito, Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel, no Livro intitulado *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas* ensinam que:

(1)Adquirir quer dizer “alcançar, conseguir, obter” ou “passar a ter posse de (algo) mediante compra, troca, oferta, etc” e “alcançar, conquistar”. Logo, a tentativa é possível, conforme se verá adiante. A aquisição pode ser a qualquer título, gratuito ou oneroso. Nesse verbo o tipo é instantâneo, pois a consumação é atingida com a obtenção da coisa, diferente do que ocorre com a (2) guarda (proteção), (3) o depósito (guardar armazenado para si), (4) transportar (levar de um lugar para o outro, sem poder usá-la imediatamente, por exemplo, porque a droga está embrulhada) ou (5) trazer consigo a droga (portar, podendo consumir a droga a qualquer momento) que caracterizam o tipo permanente.²⁷

Em outras palavras, adquirir significa passar a ser proprietário do objeto, não importando de que forma este objeto foi adquirido. Guardar exige a clandestinidade, isto é, pressupõe uma conduta de ocultar a droga, não a revelando ao público. Ter em depósito significa ter a droga em reservatório, sob fácil acesso, e tal situação pode ou não ser revelada publicamente. No caso do verbo transportar, a idéia central é em deslocar a droga de um local para o outro, para uso pessoal. Finalmente, trazer consigo é a conduta de portar a droga trazê-la junto ao corpo, e que o seu acesso seja disponível.

Esta ampliação dos núcleos do tipo penal foi importante, pois pôs fim a uma polêmica doutrinária e jurisprudencial em relação ao agente que transportava a droga para uso próprio. Na vigência da Lei revogada, o verbo “transportar” referia-se apenas ao delito de tráfico de entorpecentes previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76 (delito mais grave se comparado ao crime de uso de substância entorpecente), não havendo menção deste verbo no artigo 16 da Lei 6.368/76. Assim, pela lógica, aquele que praticasse a conduta enquadrada no verbo “transportar”, seria considerado traficante de drogas, e não usuário.

Apesar desta ausência de previsão normativa no tipo penal do artigo 16 da referida Lei, a jurisprudência já se posicionava no sentido de enquadrar a conduta daquele transportava ou tinha em depósito a droga com a finalidade de uso próprio no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

²⁷ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 44-45.

Sobre este tema o autor Samuel Miranda Arruda, cita como exemplo a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região(TRF 2ª Região, 3ª Turma, ACR 3036, DJU 23.10.2003):

O caso seria de analogia *in bonam partem*. A esse respeito, sob a égide da legislação anterior, decidiu-se que “outras condutas podem ser enquadradas no artigo 16, se se provar que foram praticadas exclusivamente para uso próprio. Com isso, a jurisprudência entendia que a finalidade da conduta, o *animus* de simplesmente utilizar a substância entorpecente, deveria prevalecer sobre a enunciação normativa.²⁸

Portanto, agiu de forma acertada e coerente o legislador ao acrescentar duas novas figuras típicas ao artigo 28 da Lei atual sobre drogas, evitando impor sérias e gravosas penas de tráfico de drogas àquele que simplesmente transportava ou tinha em depósito a referida substância entorpecente para uso próprio.

Embora se reconheça o acerto do legislador ao incorporar estas duas novas figuras típicas ao mencionado dispositivo legal, o problema ainda persiste, pois outros verbos descritos no delito de tráfico de drogas (artigo 33 da Nova Lei de Drogas), como “importar “, “preparar” não foram incorporados ao artigo 28 da Nova Lei de Drogas, podendo causar a mesma polêmica doutrinária e jurisprudencial que existia na vigência da Lei revogada.

Oportuno trazer à balia novamente os ensinamentos do doutrinador Samuel Miranda Arruda:

Como exemplo pode-se citar a ação do agente que importa ou prepara droga para consumo pessoal. Neste caso os verbos “importar” ou “preparar” estão previstos apenas no dispositivo que trata do tráfico, o que formalmente justificaria a submissão das condutas às tenazes do artigo 33. É de se reconhecer, contudo, a necessidade de ampliar o leque do artigo 28, privilegiando-se a intenção do agente, o que pode ser feito sob o mesmo fundamento que conduziu a jurisprudência na vigência da Lei 6.368/1976 (*analogia in bonam partem*).²⁹

²⁸ ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais: (Lei 11.343/2006)*. São Paulo: Método, 2007, p. 23

²⁹ Idem.

Outra consideração a ser feita é de importância prática em relação ao verbo “adquirir”. Neste caso, o crime é instantâneo e se consuma com a obtenção da droga. A pessoa que adquiriu a droga poderia ou não tê-la usado, sendo relevante apenas o momento de sua obtenção para a configuração deste crime. Saber isto é fundamental, pois o agente poderia ter realizado o crime e depois não mais se encontrar em estado de flagrante delito. Oportuno salientar que mesmo em caso do agente ter sido encontrado em estado de flagrante delito, por força do artigo 48, parágrafo 2º da Lei 11.343/2006, a prisão é vedada.

Já nas modalidades “guardar”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” o crime é permanente, eis que a consumação se protraí no tempo, sendo mais amplo o tempo em que o agente pode se encontrar em flagrante. Isso se reflete inclusive quanto à contagem da prescrição, que se inicia no instante em que o agente se desfaz da droga.

3.2 TIPO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do tipo descrito no artigo 28 da Nova Lei de Drogas é o dolo do agente, que pressupõe conhecimento que tem a posse da droga e vontade de tê-la para consumo próprio. Não se admite a forma culposa, sendo atípica esta conduta.

Além do dolo, exige-se a intenção especial do agente, denominado também de dolo específico, ou elemento subjetivo específico, que consiste em “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo **para consumo próprio**”

Luiz Flávio Gomes, em seu livro *Lei de Drogas Comentada*, faz a seguinte observação sobre o tipo subjetivo do tipo descrito no mencionado dispositivo legal:

Além do dolo (que significa saber e querer: saber que tem a posse da droga e querer tê-la) o tipo em destaque faz expressa referência a uma intenção especial do agente. Estamos, destarte, diante de um tipo incongruente ou incongruente assimétrico (que é o que exige além do dolo uma especial intenção do infrator). Se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, outra será a infração (art. 33 e ss. da nova Lei). Nesse caso não terá incidência o art. 28).³⁰

Complementando os dizeres de Luiz Flávio Gomes, os autores Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel também fazem as seguintes ponderações sobre o assunto:

Contudo, além do dolo, deve existir o **E.S.T.D.D.** (Elemento Subjetivo do Tipo Diverso do Dolo), consistente na vontade de ter a droga para consumo pessoal; a lei anterior (6.368/1976, usava a expressão *para uso próprio* para identificar o E.S.T.D.D. Esse outro elemento psíquico é fundamental, pois sem ele o agente incidiria na figura gravíssima do tráfico, prevista no artigo 33. A doutrina antiga denominava esse elemento subjetivo do injusto de *dolo específico*, designação que não se emprega mais, pois o dolo é somente um: vontade de realizar o tipo objetivo. Todo tipo doloso exige uma certa congruência (coerência) entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo. O tipo comentado é um tipo congruente, pois o agente deve querer realizar as condutas descritas nos verbos. Além disso, tipos que exigem além do dolo o E.S.T.D.D são denominados **tipos de congruência assimétrica**.³¹

Para determinar se a droga destina-se ao consumo próprio ou não, a Lei 11.343/2006, em seu artigo 28, parágrafo 2º traz parâmetros para saber em que tipo penal se enquadraria a conduta do agente, como: “à natureza, a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente”

Este dispositivo legal permite que as autoridades, como policiais, promotores ou juízes analisem com cuidado se determinada conduta se enquadraria no crime de

³⁰ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 149.

³¹ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 46-47.

tráfico de drogas ou de posse para uso, evitando graves erros e injustiças sociais. Para tanto, todas as condições em que foi encontrado o agente devem ser verificadas, como a pequena quantidade de droga, as provas testemunhais, os depoimentos do próprio possuidor da droga, além de outros parâmetros. Mas, para a comprovação da finalidade de uso, tais condições em que foi encontrado o agente, como por exemplo, a pequena quantidade de droga, devem ser examinadas conjuntamente com as disposições do artigo 28, parágrafo 2º da Lei 11.343/2006. Enfim, somente estudando as peculiaridades do caso concreto é que se poderá concluir pela incidência ou não do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

3.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO, OBJETO JURÍDICO, MATERIAL, CLASSIFICAÇÃO, CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, por se tratar de crime comum, não se exigindo qualquer condição especial do agente, e o sujeito passivo é a sociedade. Luiz Flávio Gomes em sua obra sobre a *Lei de Drogas Comentada*, explica sobre os sujeitos da conduta:

Sujeitos da conduta: sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Tratando-se de menor de dezoito anos aplicam-se as medidas sócio-educativas do ECA, que não podem ser mais graves que as sanções do art. 28 da Nova Lei de Drogas. Por força do princípio da proporcionalidade, entretanto, nenhuma sanção mais grave que as cominadas no art. 28 pode ser imposta a esse menor. Se o adulto não pode ser sancionado com rigor, o menor tampouco. Sujeito passivo é a coletividade. Se o sujeito ativo é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, aplica-se o art. 45(...).³²

³² GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 149-150.

O objeto jurídico deste crime é a saúde pública, e o objeto material é a droga. Não se pune o vício e sim a posse de droga para uso próprio, pois a autolesão não é punida.

Importante destacar neste trabalho, as opiniões de alguns doutrinadores no que diz respeito a esse tema.

Guilherme de Souza Nucci, aduz que: “Não se pune o porte da droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade.”³³

No mesmo sentido relata Fernando Capez:

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância com a conseqüente disseminação.³⁴

E, finalmente, Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da SILVA, expõem que:

O objetivo do dispositivo é a aplicação de pena não privativa de liberdade a quem adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, substância entorpecente. Aquele que já fez o uso, e não foi surpreendido em flagrante, nem localizado depois com a droga, não pode ser enquadrado em nenhum dispositivo desta Lei. A Lei não pune quem já fez o uso, mas, sim, aquele que adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a droga.³⁵

Assim, consoante o princípio da alteridade ou transcendentalidade, as atitudes internas do agente que só prejudicam a ele mesmo, não prejudicando terceiros, não são punidas. Para Fernando Capez:

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 755.

³⁴ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 682-683.

³⁵ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., 2007, p.44.

O princípio da alteridade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse. Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma é sempre o interesse de terceiros, de forma que seria inconcebível, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido ou um fanático que se açoita.³⁶

Em relação à classificação do crime de porte de drogas para consumo pessoal, pode-se afirmar que se trata, segundo Guilherme de Souza Nucci:

Classificação: comum (pode ser cometido por qualquer pessoa), formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneo (a consumação se dá em momento determinado), na forma adquirir, mas permanente (a consumação se arrasta no tempo) nas modalidades guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo; de perigo abstrato (não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); plurissubsistente (cometido por intermédio de vários atos); admite tentativa, embora de difícil configuração.³⁷

Autores como Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva, Luiz Flávio Gomes, ao classificar esta conduta, discordam da classificação feita pelo autor anteriormente mencionado, de que o crime em apreço seja formal, e não de mera conduta. Os primeiros relatam que se trata de um crime de mera conduta³⁸. Já para o último, por não ser um crime, e sim uma *infração sui generis*, cuida-se de uma infração de mera conduta (basta o desvalor da conduta para a sua configuração e consumação)³⁹.

Apesar destas divergências doutrinárias quanto à classificação deste crime ou infração *sui generis*, como relatou anteriormente Luiz Flávio Gomes, ser formal ou de mera conduta, importa neste momento trazer apontamentos sobre a consumação e tentativa deste delito.

³⁶ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 684.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 757.

³⁸ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., p.43.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 150-151.

Por ser um crime de perigo abstrato, o crime se consuma com a simples realização de qualquer um dos verbos descritos no tipo penal. A tentativa, segundo orientação doutrinária é admissível, mas é de difícil configuração.

Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel afirmam que:

Tratando-se de tipo de perigo abstrato, o tipo se consuma com a mera realização de qualquer dos verbos do tipo, realização essa na íntegra, ainda que tal conduta não lesione efetivamente o bem jurídico tutelado pela Lei, pois o tipo não descreve lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, sendo desnecessária a comprovação do perigo concreto.

Cabível a tentativa. (...) Particularmente no tipo em estudo, a tentativa pode tornar a conduta insignificante socialmente, configurando a atipicidade objetiva: tentar adquirir um cigarro de maconha para uso próprio sem sucesso é uma conduta insignificante e, portanto, atípica. Caso a conduta tenha maior potencial lesivo, como seria o caso de tentativa de aquisição de heroína para consumo pessoal, a redução prevista para o tipo tentado (artigo 14, II) deve refletir no abrandamento ainda maior das sanções previstas para a prática do tipo, obrigatoriamente.⁴⁰

Portanto, a consumação na forma do verbo adquirir é instantânea e nos outros verbos deste tipo penal é permanente, ou seja, se protraí no tempo. A tentativa, em tese, é admissível.

3.4 REQUISITO NORMATIVO DO TIPO

O requisito normativo do tipo está descrito na expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” e depende de prévia interpretação pelo juiz. É o juiz que vai valorar em cada caso concreto se existe ou não esta autorização. Neste caso, só haverá crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006 se a conduta praticada estiver sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Caso contrário, a conduta será atípica.

Luiz Flávio Gomes, leciona, em sua obra *Lei de Drogas Comentada* que:

⁴⁰ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 50-51.

Se a conduta praticada é autorizada ou está em consonância com uma determinação legal ou regulamentar, não pode ser desaprovada (ou seja: não é típica). Muitas pessoas estão autorizadas a trazer consigo, guardar, adquirir, transportar ou ter em depósito algumas drogas: dentistas, médicos, hospitais, etc. Nesse caso, havendo uma norma que permite realizar a conduta, o que está permitido por uma norma não pode estar proibido por outra (essa é a lógica da tipicidade conglobante de Zaffaroni, que coincide tanto com a lógica da tipicidade material que nós sustentamos como com a lógica da imputação objetiva de Roxin). A base do juízo de desaprovação da conduta é a seguinte: só responde por uma infração quem cria ou incrementa riscos proibidos relevantes. Ou seja: quem cria ou incrementa riscos permitidos (autorizados por uma norma), não responde por nada. Porque se trata de uma conduta atípica.⁴¹

Desta feita, conclui-se que via de regra a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo uma droga, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar constitui em fato típico. Eventual autorização para o consumo da droga é excepcional, como ocorre nos casos em que pessoas portadoras de doenças graves necessitam de tais substâncias para amenizar a dor provocada por estas enfermidades ou até mesmo para sua cura.

3.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA BAGATELA

Existem muitos casos em que não há interesse para o Direito Penal em utilizar do aparato Estatal para punir certas condutas, consideradas insignificantes por não chegarem sequer a lesionar determinados bens jurídicos tutelados pela Lei. Devido a estas situações que surgiu o princípio da insignificância ou da bagatela, que exclui a própria tipicidade penal. Há comportamentos que são socialmente adequados, aceitos na sociedade, e que por isso não merecem nenhuma responsabilidade penal.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 152-153.

Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais se dividem quanto a este tema, sendo oportuno citar alguns destes posicionamentos.

Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel são favoráveis ao princípio da insignificância, citando doutrinadores como Hans Welzel, Eugenio Raul Zaffaroni e Claus Roxin para fundamentar suas opiniões:

Hans Welzel tratava as ações com pequeno significado social como *socialmente adequadas* e que excluiriam a tipicidade, citando como exemplo as lesões corporais insignificantes, privações de liberdade irrelevantes, presentes de fim de ano de particulares para servidores públicos de escasso valor etc. Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a tipicidade penal é formada pela tipicidade legal (descrição do tipo prevista na lei) acrescentada da tipicidade conglobante (que se analisa em conjunto com a ordem normativa, alcançando as condutas determinadas pelo Direito- estrito cumprimento do dever legal- ou as condutas estimuladas pelo Direito- lesões no exercício da medicina ou do esporte- e as condutas insignificantes). Logo, condutas insignificantes que não afetem de forma sequer grave o bem jurídico seriam casos de atipicidade conglobante e, conseqüentemente, atipicidade penal. Por outro lado, Claus ROXIN entende as ações insignificantes e socialmente toleradas de um modo geral como caso de atipicidade com vistas à interpretação restritiva orientada a um bem jurídico, ou ausência de lesão ao bem jurídico. Segundo Roxin, um pequeno presente dado a um servidor público não coloca em perigo a confiança pública na integridade dos funcionários, ou as apostas mínimas no jogo não dão lugar à exploração da população despertando o vício, ou as expressões confidenciais no âmbito familiar não causam menosprezo da honra do sujeito.⁴²

Já Guilherme de Souza Nucci, entende que mesmo as condutas insignificantes devem sofrer sanção penal e traz uma jurisprudência no mesmo sentido. Veja-se:

Em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado. Na jurisprudência: Turma Recursal JECRIM-DF: “Pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como leve (maconha), não implica necessariamente que o juízo deva acatar o chamado “princípio da insignificância” em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade” (Ap. 20050110008830, 1ª. T., rel. José Guilherme de Souza, 27.09.2005, v.u., DJU 12.05.2006, p. 143).⁴³

⁴² BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 48-49..

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 757.

Os Tribunais também se mostram divididos em relação a esta matéria. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, consolidou entendimento ora para utilizar tal princípio, ora para repelí-lo no caso do agente ser flagrado pelas autoridades policiais portando ínfima quantidade de droga para consumo próprio. Fundamental mencionar primeiramente a jurisprudência que admitiu o aproveitamento deste princípio, e em seguida, outra em sentido contrário:

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime militar. **Posse e uso de substância entorpecente. Art. 290, cc. art. 59, ambos do CPM. Maconha. Posse de pequena quantidade (8,24 gramas). Princípio da insignificância. Aplicação aos delitos militares.** Absolvição decretada. HC concedido para esse fim, vencida a Min. ELLEN GRACIE, rel. originária. Precedentes (HC nº 92.961, 87.478, 90.125 e 94.678, Rel. Min. EROS GRAU). Não constitui crime militar a posse de ínfima quantidade de substância entorpecente por militar, a quem aproveita o princípio da insignificância. (HC 94583 MS. Rel. Ministra Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão: Min. César Peluso. Julg. 24/06/2008- Órgão julgador: Segunda Turma, publicado em 15/08/2008).”

EMENTA *Habeas corpus*. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). **Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes.** Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. *Habeas corpus* denegado. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. *Habeas corpus* denegado e liminar cassada.(HC 91759 / MG. Rel. Ministro MENEZES DIREITO. Julg. 09/10/2007 - Órgão julgador: Primeira Turma, publicado em 30/11/2007)

Em se tratando de crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006, o entendimento favorável ou não da aplicação do princípio da insignificância depende da aceitação ou não da tese de que este delito é de perigo abstrato ou não. Caso haja posicionamento de que a posse de droga para consumo seja crime de perigo abstrato, não se pode admitir a aplicação do princípio da bagatela, uma vez que o tipo de perigo abstrato se consuma com a simples realização de qualquer um dos verbos do tipo objetivo, sendo desnecessária a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Como prevalece a tese de que este crime é considerado de perigo abstrato⁴⁴, a melhor orientação a ser adotada atualmente é de repelir a aplicação do princípio da insignificância, já que a ínfima quantidade da droga que a pessoa esteja portando é irrelevante e é inerente à própria natureza do tipo penal descrito anteriormente. O referido tipo penal é justamente direcionado àquele usuário ou dependente que adquire pequena quantidade de droga, mesmo porque é difícil, na prática, encontrar alguém portando grande quantidade de droga para exclusivo consumo desta substância entorpecente. Assim, acolher este princípio é inviabilizar, no caso concreto, a aplicação das penas de pouco rigor apresentadas para este delito, consideradas fundamentais e eficientes para o tratamento e inclusão social do usuário e dependente de drogas.

Desta forma, como bem expôs Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, em recente livro intitulado *Lei de Drogas Anotada*:

Pequena quantidade de droga com princípio ativo. Cabe consignar que o Supremo Tribunal Federal repeliu com firmeza algumas decisões que descriminalizavam a quantidade de menos de um grama de maconha. O crime é de perigo abstrato, daí a irrelevância da quantidade. Basta que seja encontrado o princípio ativo, no caso da maconha, o “tetrahidrocanabinol.”⁴⁵

Esta, certamente, é a tese que deve predominar nos dias atuais, tendo em vista que a circunstância de o agente ser flagrado portando pequena quantidade de droga já faz parte da própria essência do delito sob enfoque. Destarte, é inaplicável o princípio da insignificância no caso de entorpecentes, pois o crime de posse de droga para uso próprio é de perigo abstrato, não exigindo efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

⁴⁴ Alguns autores favoráveis a esta tese: NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 757.; LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., p.43.; CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 686. Posicionamento contrário a esta tese: GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 150-151.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*: Lei n. 11.343/2006. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52

3.6 RETROATIVIDADE DA NOVA LEI

Conforme reza o artigo 5º, XL, da Constituição da República de 1988 e o artigo 2º, parágrafo único do Código Penal, com a redação determinada pela Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984:

Art. 5º (...)

XL- A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Art. 2º (...)

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Estes dispositivos tratam da hipótese do princípio da retroatividade da Lei mais benéfica. De acordo com este princípio, uma Lei nova que surge no ordenamento jurídico pátrio para beneficiar o agente pode alcançar fatos pretéritos, anteriores ao surgimento desta Lei. Isto ocorre quando a Lei anterior é mais gravosa em relação à Lei nova, podendo a Lei mais favorável alcançar inclusive o condenado que está cumprindo a execução da pena ou medida de execução.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, ao comentar sobre a *Novatio legis in mellius* prevista no artigo 2º, parágrafo único do Código Penal:

Refere-se o artigo citado aos dispositivos da lei nova que, ainda incriminando o fato, cominam penas menos rigorosas, em qualidade ou quantidade, ou favorecem o agente de outra forma, acrescentando circunstância atenuante não prevista, eliminando agravante anteriormente prevista, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecendo novos casos de extinção da punibilidade, reduzindo os requisitos para a concessão de benefícios etc.⁴⁶

O artigo 16 da Lei 6.368/76 (Lei revogada) apresentava uma política criminal mais rigorosa, punitiva em relação ao usuário e dependente de entorpecente,

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 62.

prevendo pena de detenção de 6 meses a 2 anos e pagamento de 20 a 50 dias-multa.

O artigo 28 da Nova Lei de Drogas não prevê mais pena privativa de liberdade para o usuário e dependente de drogas, passando a prever penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, penas estas mais benéficas para o réu, devendo, conforme a sucessão de leis penais no tempo, ser aplicado o princípio da retroatividade da Lei mais benéfica.

Em se tratando do referido tipo penal, a jurisprudência e a doutrina se posicionam no sentido de aceitar a Lei penal nova benéfica com efeito retroativo.

Consoante acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 16 DA LEI N.º 6.368/76. PRAZO PRESCRICIONAL DE 2 (DOIS) ANOS. ART. 30 DA LEI N.º 11.343/2006 (NOVA LEI DE TÓXICOS). **PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA.** LAPSO TEMPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis* para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de **drogas**, não obstante a despenalização.

2. O prazo prescricional para o crime de uso de substâncias entorpecentes foi estabelecido em 2 (dois) anos, nos termos da redação do art. 28 da nova Lei de Tóxicos.

3. **A nova legislação, mais benéfica ao acusado, deve ser aplicada com base no princípio da retroatividade mais benigna, nos termos do art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal, e art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.**

4. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade estatal, julgando prejudicado o recurso especial. (REsp 872153 / MG. Rel. Ministra Ministra LAURITA VAZ. Julg. 26/06/2007. Órgão Julgador- QUINTA TURMA. Publicado em 06/08/2007).”

Guilherme de Souza Nucci, no mesmo entendimento assim dispõe:

O crime de porte de drogas para consumo pessoal (atual art. 28) tem perfil evidentemente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei 6.368/76. Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Portanto, entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no artigo 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006.⁴⁷

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 757.

Conforme tais entendimentos, o artigo 28 da Lei 11.343/2006, mais brando que o artigo 16 da Lei 6.368/76 (Lei revogada), retroagiu para beneficiar aqueles que foram condenados pela Lei revogada a partir do dia 8 de outubro de 2006, data do início de sua vigência previsto no artigo 74 do aludido Diploma Legal.

3.7 REINCIDÊNCIA

Conforme artigo 63 e 64 do Código Penal reincidência significa cometer um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença de condenação por crime anterior. Mas a reincidência descrita no parágrafo 4º da Nova Lei de Drogas é uma regra específica, não tendo o mesmo significado da reincidência tipificada nos aludidos dispositivos do Código Penal. A reincidência delimitada na Lei 11.343/2006 significa tão somente incidir novamente no delito do artigo 28 da Lei de Tóxicos.

Dispõe o artigo 28, parágrafos 3º e 4º da Lei 11.343/2006, sendo que este último trata da reincidência. Veja-se:

Art. 28 (...)

Parágrafo 3º. As penas previstas nos incisos II e III do “caput” deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 meses.

Parágrafo 4º. Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do “caput” deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses.

Esta Lei exige a reincidência específica, ou seja, que o agente seja mais uma vez surpreendido como usuário. Em se tratando de reincidência específica, Luiz Flávio Gomes ensina que:

Reincidência específica do parágrafo 4º: a reincidência referida neste parágrafo 4º só pode ser a específica, ou seja, reincidência no art. 28. O sujeito foi previamente condenado definitivamente pelo art. 28 (ou pelo antigo art. 16 da Lei 6.368/76), ou aceitou transação

penal por esse fato, e depois vem a praticar alguma conduta contemplada no mesmo art. 28 da nova Lei. Ou seja, trata-se de um “usuário” reincidente. Para ele as penas do art. 28 serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses.

Caso o agente tenha alguma outra condenação precedente (por roubo, homicídio, evasão de divisas, gestão temerária de empresa etc.) e vem a praticar o fato descrito no artigo 28, em nada será prejudicado em virtude dessa condenação anterior. O fato de ter condenação por outro crime (distinto da posse de drogas) não impede a aplicação das penas do art. 28.⁴⁸

Consoante entendimento anteriormente balizado, as penas previstas no artigo 28 serão aplicadas no prazo máximo de 5 meses quando o usuário apenas por uma vez incidir no referido tipo legal. Caso seja reincidente específico neste crime, a pena não poderá ultrapassar o limite de 10 meses. Mas para que se configure a reincidência específica, deve ser observado o lapso temporal de 5 anos contados entre a data do cumprimento ou a extinção da pena do crime anterior.

3.8 DAS PENAS PREVISTAS NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

O crime previsto no artigo 16 da revogada Lei 6.368/76 previa pena de detenção de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 a 50 dias-multa, além de se sujeitar ao procedimento da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), por ser de menor potencial ofensivo, incidindo as medidas despenalizadoras desta lei desde que atendidos seus pressupostos.

Com a entrada em vigor da Lei 11.343/2006, o crime de posse de drogas para consumo próprio passou a ser tipificado no artigo 28 que trouxe modificações de grande monta. Uma das principais mudanças está descrita no parágrafo 1º do referido dispositivo, que passou a prever as penas de: I- Advertência sobre os

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 163-164.

efeitos das drogas; II- Prestação de serviços à comunidade; III- Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Esta modificação substancial do artigo 28 da Nova Lei de Drogas gerou na doutrina uma dúvida: se as hipóteses previstas no artigo 28 Do citado Diploma Legal seriam penas ou medidas?

Apesar do artigo 28, caput da Lei de Tóxicos mencionar a expressão penas, o seu parágrafo 1º faz alusão à palavra medidas, que valeriam para a conduta de semear, cultivar ou colher plantas tóxicas para consumo próprio.

Fundamental destacar a visão de Luiz Flávio Gomes no que tange ao assunto sob comento:

No caput do art. 28 o legislador mencionou a palavra “penas”. Neste parágrafo 1º fala em “medidas”; no parágrafo 6º menciona-se a locução “medidas educativas”. Afinal, as conseqüências previstas no art. 28 configuram “penas” ou “medidas”? De acordo com nossa opinião, são “penas” alternativas, que não possuem, entretanto, o caráter “penal” (no sentido clássico”. Logo, mais adequada é a denominação “medidas”. Tudo que está previsto no art. 28 configura “medidas alternativas” (à prisão).⁴⁹

A expressão “medidas” é, sem sombra de dúvidas, a mais correta e a utilizada atualmente na prática do Juizado Especial Criminal. As medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, consoante artigo 27 do mesmo regramento, poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Quando utilizadas em transação penal, não contam como antecedentes criminais nem como reincidência, pois com já relatado em momento anterior, o objetivo desta Lei não é punir, e sim em prevenir e tratar o uso indevido de drogas, favorecendo a inclusão social do cidadão.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 159.

Caso o agente se recuse a cumprir as medidas educativas dispostas no artigo 28 da Nova Lei de Drogas, o parágrafo 6º desta mesma norma permite que o juiz submeta o infrator à admoestação verbal e multa.

Em seguida serão analisadas detalhadamente cada uma destas medidas que acabaram de ser enumeradas.

3.8.1 Da advertência

Trata-se de novidade no ordenamento jurídico brasileiro e consiste em explicar ao dependente ou ao usuário de drogas sobre as conseqüências danosas que os tóxicos fazem à sua saúde, procurando ampará-lo e auxiliá-lo para que não volte a fazer uso desta substância estupefaciente. A advertência, nada mais é do que uma admoestação verbal, com caráter de aconselhamento e não punitivo dado ao agente sobre os efeitos nocivos provocados pelas drogas em sua saúde e na de terceiros.

Luiz Flávio Gomes leciona sobre a “pena” de advertência:

Advertência: a lei fala em advertência sobre os efeitos das drogas. Não se trata de uma advertência por razões moralísticas, religiosas, etc. A razão da advertência é jurídica: cuida-se de uma sanção legal. De outro lado, deve-se abordar os efeitos deletérios da droga (para o próprio usuário, para sua família, etc.).⁵⁰

Para a realização desta advertência, o magistrado deve designar audiência específica com a finalidade de instruir e advertir o infrator para que este não venha a praticar novo crime. Tal ato deve ser reduzido a termo e assinado pelo juiz,

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 154.

Ministério Público, reeducando e seu defensor, constando a resposta do infrator sobre a compreensão da censura emanada pelo magistrado.

Guilherme de Souza NUCCI, sobre a realização desta audiência explica que:

O juiz deve designar audiência específica para tanto, nos moldes da audiência admonitória de concessão de *sursis*, para que, formalmente, o réu seja advertido (avisado, censurado levemente) sobre os efeitos negativos da droga em relação à sua saúde e a de terceiros. Parece-nos fundamental que a advertência, cuja natureza jurídica é de pena, seja reduzida à termo e assinada pelo magistrado, pelo réu, seu defensor e pelo representante do Ministério Público. Aliás, constituindo pena, pode gerar, no futuro, reincidência (artigo 63, CP), não podendo mais, sob pena de consagração da impunidade, o magistrado aplicar outra advertência, mas partir para medidas mais eficientes, como a restrição a direitos.⁵¹

Com base nas explicações deste autor, pode-se dizer em resumo que para a escolha na aplicação da advertência deve se levar em consideração dois parâmetros: as condições individuais de cada agente e o grau de reprovabilidade de sua conduta.

O respeito a estes parâmetros é necessário para que a advertência possa surtir efeitos positivos para que o agente abandone o vício das drogas, e não volte mais a consumí-la, propiciando benefícios à sua vida e a de seus familiares.

Esta medida é eficaz em casos mais amenos, em que a pessoa se encontra nos estágios iniciais de consumo de droga, onde é possível por meio desta censura leve, que o cidadão abandone o vício. Já em casos mais graves, em que o vício se encontra em estágios avançados, uma simples admoestação verbal não é recomendável, uma vez que o usuário nesta fase crônica não possui a mesma capacidade de entendimento e autocrítica que outro dependente químico em fase inicial.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 757.

3.8.2 Da Prestação De Serviços à Comunidade

Em relação à prestação de serviços à comunidade, podem ser aplicadas as regras gerais do artigo 46 do Código Penal, desde que não entrem em conflito com as regras especiais contidas na Lei 11.343/2006, que também devem ser observadas.

Para fins exemplificativos, regras gerais como as descritas no artigo 46 parágrafo 1º do Código Penal devem ser respeitadas: Veja-se: “Art. 46 (...). Parágrafo 1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas **consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.**”

No entanto, o dispositivo do Código Penal que regula sobre a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade em razão do seu não cumprimento (artigo 44, parágrafo 4º do Código Penal) não se aplica, uma vez que a natureza do crime de posse de droga para consumo próprio não mais prevê pena de prisão ao agente.

Sendo assim, a regra aplicável *in casu* é a do artigo 28 parágrafo 6º da Lei 11.343/2006 que indica sanções de admoestação verbal e multa quando não cumprida a medida de prestação de serviços à comunidade.

Outra norma específica a ser observada é a do artigo 28, parágrafo 5º da Lei Antitóxicos, que prevê a “pena” de prestação de serviços à comunidade com o objetivo especial de prevenir o consumo ou recuperar os dependentes e usuários de drogas. Assim reza o citado regramento:

Art. 28 (...)
parágrafo 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.

Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel destacam a importância desta medida para a sociedade e o reeducando:

Assim, a prestação de serviços deve ter um aproveitamento duplo: 1) para a sociedade e 2) para o condenado. Se Alfonso recebe a determinação judicial de trabalhar uma hora por dia em hospital especializado no tratamento de dependentes de drogas, certamente que as suas atividades devem ser direcionadas para o aprendizado em conjunto com o serviço social. Poderá Alfonso trabalhar durante alguns dias no setor de emergência e verificar os efeitos que a crise de abstinência causam no dependente e colaborar com o socorro dessas pessoas em situações críticas. Em seguida, Alfonso coopera com as atividades de reuniões de grupos, compreendendo que a sua situação não é exclusiva e que outras pessoas também procuram ajudar-se mutuamente para uma vida mais saudável e com melhores perspectivas. Depois, Alfonso desloca-se para o Instituto Médico Legal e efetua digitação dos laudos que constatarem o estado deprimente do usuário de drogas e os seus envolvimento com acidentes de carros, agressões contra familiares e amigos e outras situações vexatórias ou criminosas. A pena de prestação de serviços à comunidade não pode prejudicar o horário de trabalho do incumbido da atividade, conforme determinação do artigo 46, do Código Penal. A comunidade também precisa colaborar com o cumprimento da pena, quer recebendo o serviço do condenado com dignidade e cooperação, quer tornando-se voluntária para a adoção de medidas que favoreçam a sua reintegração social durante e após o cumprimento da pena.⁵²

Pela Lei 11.343/2006 estas penas prescrevem em dois anos, diferentemente do que dispõe o Código Penal sobre a prescrição, que regula-se pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade substituída pela prestação de serviços à comunidade.

Deste modo, as regras especiais da Lei 11.343/2006 aplicam-se ao crime delimitado em seu artigo 28, podendo também ser observadas as disposições do Código Penal quando não forem conflitantes com a natureza do delito sob comento.

3.8.3 Da Medida Educativa De Comparecimento a Programa ou Curso Educativo

A medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo é outra novidade que a Nova Lei de Drogas propôs como forma de auxiliar o usuário e o dependente químico no seu tratamento contra as drogas.

⁵² BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 64-65.

Para Guilherme de Souza Nucci,

a crítica que se faz a esta pena é que esta não foi detalhadamente regulada pela Lei 11.343/2006, o que foi naturalmente, um equívoco. Esta Lei não mencionou a forma da obrigação de comparecimento a programa ou curso educativo. Por isso, a única maneira de evitar lesão ao princípio da legalidade, porém buscando-se salvar a pena criada, parece-nos que se deva fazer uma analogia com a prestação de serviços à comunidade.⁵³

Consoante entendimento anteriormente exposto, a medida educativa sujeita-se às mesmas regras da “pena” de prestação de serviços à comunidade da Nova Lei de Drogas. Com exemplo disso, as medidas educativas, assim como a prestação de serviços à comunidade devem observar o prazo máximo de 5 meses para a aplicação dessas “penas”, e o prazo máximo de 10 meses em caso de reincidência (artigo 28, parágrafos 3º e 4º da Lei 11.343/2006).

O artigo 28, parágrafo 7º da Lei 11.343/2006 dispõe que o juiz tem o poder de determinar ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. Este poder concedido ao juiz contribui em demasia para auxiliar na medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Segundo Luiz Flávio Gomes, o juiz tem o dever de determinar o tempo de freqüência de comparecimento a este programa ou curso educativo:

Cabe ao juiz fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer. Impõe-se ainda determinar a freqüência (quantos dias por semana, horário, local etc.) Se o juiz não esclarecer nada disso na sua sentença, cabe ao juiz das execuções fazê-lo (art. 86 da Lei dos Juizados Criminais).⁵⁴

Esta medida, assim como as outras descritas anteriormente, tem o escopo de facilitar a reinserção social do agente. Geralmente é indicada em casos mais graves,

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 758.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 154.

em que a “pena” de advertência não for eficaz no tratamento de dependentes químicos. Portanto, deve-se levar em conta para a aplicação desta medida a gravidade da situação de cada agente para que seja útil para recuperação e prevenção ao uso das drogas.

3.9 PROCEDIMENTO PENAL

Conforme estipula o artigo 48 da Nova Lei de Drogas:

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

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

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

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

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

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

As condutas previstas no artigo 28 caput e parágrafo 1º da Lei 11.343/2006 são de menor potencial ofensivo, sujeitando-se ao procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais (artigos 60 e seguintes), salvo se existir concurso com os delitos previstos nos artigos 33 a 37 da Lei. Se houver o concurso entre estes crimes o juízo competente será o comum em virtude da conexão ou continência, eis que o crime de mais grave atrai o de menor gravidade.

Crime de menor potencial ofensivo, conforme entendimento de Luiz Flávio Gomes:

No que diz respeito ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, a Lei 11.313/2006 estabeleceu o seguinte:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (...)

Diante da nova redação do art. 61 não há mais nenhuma dúvida: todas as contravenções penais assim como os crimes com pena máxima até dois anos são de menor potencial ofensivo. Doravante esse ponto já não permite nenhuma polêmica.⁵⁵

Admite-se também em relação a estes crimes, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal quando seus dispositivos forem pertinentes com a Lei específica em destaque.

Uma grande inovação trazida por esta Lei é no que diz respeito à prisão. Hoje não mais se permite, em hipótese alguma, a pena de prisão ao usuário ou dependente químico mesmo quando flagrado em posse da substância tóxica, uma vez que o uso de substância entorpecente não foi incriminado.

A Lei revogada que regulava sobre este tema, tratava o usuário de droga como delinqüente, criminoso, sendo submetido ao sistema punitivo do Direito Penal. O procedimento da Lei 10.409/2002 (revogado) organizava a matéria da seguinte forma: geralmente o usuário de substância entorpecente era preso em flagrante, instaurava-se inquérito policial e o Ministério Público oferecia denúncia. Vale lembrar que o artigo 16 da Lei 6.368/76 era considerado crime de menor potencial ofensivo por prever pena de detenção de 6 meses a 2 anos, e, de acordo com o artigo 89 da Lei 9.099/95, normalmente era concedida a suspensão condicional do processo. Importa salientar que a Lei 10.409/2002 e a Lei 6.368/76 foram influenciadas pela política puramente repressiva norte-americana.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 241.

Com o advento da Lei 11.343/2006, esta sim influenciada pelo modelo europeu focado na prevenção e tratamento do usuário de drogas, este não é mais considerado criminoso, e sim vítima, que necessita de amparo e tratamento para a sua dependência química, ou em determinadas situações um cidadão, usuário convencional de drogas, também carente da devida atenção e tratamento.

Com base neste modelo europeu mais racional e adequado à realidade social brasileira, este visa à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas (artigo 20 da Nova Lei de Drogas).

Em relação a esta política de prevenção e redução de danos anteriormente descrita, fundamental citar as lições de Luiz Flávio Gomes:

Prevenção e redução de danos: frente ao usuário (ou usuário dependente) chegou-se a um consenso (quase que mundial) no sentido de que não funciona a política puramente repressiva norte-americana. Mais racional é o modelo político-criminal europeu, que se funda na prevenção e redução de danos (e que se aproxima do que modernamente se chama de justiça restaurativa). (Ver comentários aos arts. 18 a 20).⁵⁶

Consoante esta nova orientação político-criminal para o uso de droga, o agente é encaminhado diretamente ao Juizado Especial Criminal, onde será lavrado termo circunstanciado e não mais inquérito policial. Na audiência preliminar do Juizado Especial pode ser proposta transação penal, onde serão aplicadas as medidas alternativas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa ao reeducando. Mesmo que o agente, reincidente, com péssimos antecedentes e conduta social reprovável não aceite a proposta de transação penal, o rito continua a ser da Lei 9.099/95 e são impostas as mesmas medidas alternativas ora enumeradas. Importa frisar é que em nenhum caso caberá a imposição de pena de prisão ao usuário dependente ou convencional.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 140.

A pergunta que se faz é a seguinte: caso o agente se recuse a assumir ao compromisso de comparecer no Juizado Especial Criminal, poderá a autoridade impor prisão em flagrante?

Em nenhuma hipótese será admitida a lavratura do auto de prisão em flagrante contra o usuário de drogas, já que a Nova Lei de Drogas abomina o recolhimento do cidadão ao cárcere. O que é permitido é a condução coercitiva do autor do fato ao juízo competente para elaboração de termo circunstanciado.

Como bem asseveram Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel:

O consumidor de drogas (seja dependente, usuário ocasional ou habitual) não pode ser preso em flagrante delito, mas admissível sua prisão captura, ou seja, aquela que permite, sem constrangimentos, levá-lo à presença da autoridade judicial. Não podemos confundir prisão em flagrante (autuação, documentação da prisão captura) com a apreensão física, que permitirá encaminhá-lo à presença da autoridade policial (ou judicial). Ninguém é tão inocente de imaginar que o consumidor de drogas irá, espontaneamente, à presença do juiz, em seu veículo próprio ou público, sem que os agentes de polícia estejam com ele. A captura e a condução coercitiva do “autor do fato” à presença da autoridade policial ou judicial são necessárias e óbvias, porém o que não haverá é a formalização, a documentação dessa situação fática: lavratura do auto de prisão em flagrante e, conseqüentemente, recolhimento ao cárcere.⁵⁷

Esta é, sem dúvida, a melhor orientação a ser seguida, uma vez que é normal na prática que o consumidor de droga se recuse a comparecer por livre e espontânea vontade na sede dos Juizados Especiais Criminais, sendo cabível nesta situação sua condução coercitiva.

O artigo 48, parágrafo 2º da Lei 11.343/2006 reza que deve o autor do fato ser encaminhado imediatamente ao juízo competente para realizar os procedimentos necessários previstos neste Diploma Legal. Este artigo exige, para que o encaminhamento do autor do fato ao juízo competente seja célere, a existência de Juizados ou juízes de plantão 24 horas. No entanto, isto é utópico, uma vez que na

⁵⁷ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo, op. cit., p. 183-184.

realidade brasileira nem sempre há juiz, nem Juizado Especial Criminal 24 horas por dia atendendo esse tipo de ocorrência.

Antevendo a ocorrência dessa situação, o parágrafo 3º do artigo 48 da referida Lei, dispõe que na ausência da autoridade judicial, as providências previstas no parágrafo 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, vedada a detenção do agente.

Por fim, o parágrafo 5º do mesmo dispositivo trata do instituto despenalizador da transação penal, que deve ser proposta pelo Ministério Público nos limites das “penas” previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Outras penas não enumeradas na legislação especial não podem ser aplicadas, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Luiz Flávio Gomes, em relação à transação, explica que:

Cuida o art. 76 da Lei 9.099/95 da transação penal, que constitui um dos quatro institutos despenalizadores da citada lei (a transação penal, ao lado da composição civil, art. 74, representação nas lesões corporais, art. 88, e suspensão condicional do processo, art. 89, integra o rol das medidas despenalizadoras da mencionada lei).

Entende a nova Lei que o consenso é, em princípio, a melhor forma de solução do conflito penal contemplado no art. 28 (usuário). Na audiência de conciliação tenta-se esse consenso. Não sendo possível, inicia-se o processo, que seguirá o rito sumaríssimo dos Juizados. O autor do fato não é obrigado a aceitar a proposta de transação penal. Vigora o princípio da autonomia da vontade. De outro lado, caso venha a aceitá-la, não se discute sua responsabilidade (*nolo contendere*). Sublinhe-se que jamais pode o agente aceitar qualquer transação penal sem a presença (obrigatória) de advogado.

O autor da proposta de transação é o Ministério Público porque a ação penal, no caso do art. 28, é pública. Aliás, pública incondicionada. Ninguém pode substituir o Ministério Público neste mister.⁵⁸

Portanto, compete ao Ministério Público formular a proposta de transação penal, especificando qual medida será aplicada ao caso concreto, a sua duração, além de outros detalhes imprescindíveis. Em resumo, a medida a ser utilizada deve

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 253-254.

guardar proporcionalidade com o delito praticado e as condições individuais de cada agente em relação ao consumo de drogas.

4 PRINCIPAIS CONCEITOS

4.1 CONCEITOS DE USUÁRIO DE DROGAS, DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E *ABOLITIO CRIMINIS*. PRINCIPAIS MEDIDAS DISPONÍVEIS PARA ATENDIMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS

A seguir serão abordados os conceitos de usuário de drogas, descriminalização, despenalização e *abolitio criminis*, para depois discorrer sobre os diferentes posicionamentos na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Ao final, serão analisados as principais medidas que estão sendo tomadas no Estado do Paraná para solucionar o problema de consumo de drogas.

4.1.1 Usuário de drogas

A Lei 11.343/2006 reconheceu a diferença entre o usuário de drogas do dependente químico, que é o termo genérico para o uso patológico de álcool e outras drogas. Aliás, não se deve confundir ainda, as figuras do traficante e do financiador que se enquadram em tipo penal diverso do artigo 28 da mencionada Lei.

Sobre este conceito de usuário de drogas, mais uma vez oportuno citar os dizeres de Luiz Flávio Gomes:

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Aliás, em regra o usuário de drogas não se converte num dependente. Ser usuário de droga (ou de álcool) não significa ser tóxico-dependente (ou alcoólatra). A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada ao caso concreto. (...)

Para fins penais, entende-se por usuário de drogas (doravante) quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida (cf. art. 28, que será comentada logo abaixo). O usuário não se confunde, de modo algum, com o traficante, financiador do tráfico etc. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal (ou não), o juiz analisará a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (art. 28, parágrafo 2º).⁵⁹

Os dados relacionados pela Organização Mundial da Saúde, citados no trabalho de Moacir Lima de Carvalho, mostram que existem quatro tipos de usuários:

Não usuário: nunca utilizou; **usuário leve:** utilizou drogas, mas no último mês o consumo não foi diário ou semanal; **usuário moderado:** utilizou drogas semanalmente, mas não diariamente no último mês; **usuário pesado:** utilizou drogas diariamente no último mês. Segundo considerações de saúde pública, sociais e educacionais, uma publicação da **Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)** distingue entre quatro tipos de usuários: **usuário experimental ou experimentador:** limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão do grupo, etc. Na grande maioria dos casos, o contato com drogas não passa das primeiras experiências. **Usuário ocasional:** utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais. **Usuário habitual ou "funcional":** faz uso freqüente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda "funciona" socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência. **Usuário dependente ou "disfuncional":** (dependente, toxicômano, drogadito, farmacodependente, dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral.⁶⁰

O site da Internet do Observatório Brasileiro de Informações Sobre Drogas (OBID), também trata das diferentes formas de uso que existem em sociedade:

Uso Experimental

Os primeiros poucos episódios de uso de uma droga específica – algumas vezes incluindo tabaco ou álcool -, extremamente infreqüentes ou não persistentes.

► Uso Recreativo

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 110-111.

⁶⁰ CARVALHO, Moacir Lima de. Descriminalização ou Despenalização da Posse de Drogas Para Consumo Próprio (2007). Disponível em: http://www.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2007b/Moacir_Lima_de_Carvalho.pdf -Acesso em: 25 set. 2008.

Uso de uma droga, em geral ilícita, em circunstâncias sociais ou relaxantes, sem implicações com dependência e outros problemas relacionados, embora haja os que discordem, opinando que, no caso de droga ilícita, não seja possível este padrão devido às implicações legais relacionadas.

► **Uso Controlado**

Refere-se à manutenção de um uso regular, não compulsivo e que não interfere com o funcionamento habitual do indivíduo. Termo também controverso, pois se questiona se determinadas substâncias permitem tal padrão.

► **Uso Social**

Pode ser entendido, de forma literal, como uso em companhia de outras pessoas e de maneira socialmente aceitável, mas também é usado de forma imprecisa querendo indicar os padrões acima definidos.

Uso nocivo/abuso e Dependência

Esses padrões de uso estão representados nos sistemas classificatórios CID-10 (10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças da OMS) e o DSM-IV (4ª edição do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, da Associação Psiquiátrica Americana). Este tipo de padronização está rel

Podendo ser entendido como um padrão de uso onde aumenta o risco de conseqüências prejudiciais para o usuário. Na CID-10, o termo “uso nocivo” é utilizado como aquele que resulta em dano físico ou mental. Na DSM-IV, utiliza-se o termo “abuso”, definido de forma mais precisa e considerando também conseqüências sociais de um uso problemático, na ausência de compulsividade e fenômenos como tolerância e abstinência.⁶¹

Feitas estas considerações sobre o usuário de drogas, importa aqui mencionar que tais diferenciações dos diversos tipos de usuários e dos dependentes químicos são de extrema importância, pois, servem para delimitar qual será a medida alternativa mais adequada para solucionar determinado caso em concreto.

O usuário de drogas nem sempre é dependente químico, podendo receber tratamento mais brando em relação àquele que apresenta sérios transtornos mentais em virtude dessa dependência química.

Como se observa, a Lei 11.343/2006 se preocupou em diferenciar o usuário e dependente de drogas com a finalidade de ampará-los da maneira mais adequada possível. E, com base nesta preocupação, que esta nova Lei específica, banuiu por completo, a pena de prisão a quem praticasse o delito de posse de droga para consumo próprio, sendo criadas outras medidas alternativas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

⁶¹ OBID- disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php> -Acesso em: 25 set. 2008.

Com este novo enfoque ao usuário de drogas dado pela Lei 11.343/2006, surgiu uma grande polêmica em torno deste assunto. Se as condutas descritas em seu artigo 28 teriam sido despenalizadas, descriminalizadas ou se teria ocorrido *abolitio criminis*. Após delinear os conceitos destes institutos, será abordada esta polêmica que surgiu em relação ao tema.

4.1.2 Descriminalização

Segundo o *Glossário de Álcool e Drogas* traduzido por J.M. Bertolote a descriminalização é:

A anulação de leis ou regulamentações que definem como criminoso um comportamento, produto ou condição. O termo é usado tanto em relação às drogas ilícitas e aos delitos de embriaguez em via pública (veja intoxicação). Algumas vezes é também aplicado para redução da gravidade de um crime ou de penalidades dele resultantes, como quando a posse de maconha é reduzida de um crime que leva à prisão para uma infração que pode ser penalizada com uma advertência ou multa. Assim, a descriminalização é freqüentemente distinguida da legalização, que envolve a completa anulação de qualquer implicação delituosa, freqüentemente acompanhada de um esforço governamental para controlar ou influenciar o mercado do comportamento ou produto afetado.⁶²

Nas lições de Luiz Flávio Gomes, descriminalizar significa:

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial).

Na primeira hipótese (descriminalização formal) o fato continua sendo ilícito (proibido), porém deixa de ser considerado “crime”. Passa a ser um ilícito *sui generis* (como é o caso do art. 28). Retira-se da conduta a etiqueta de “crime” (embora permaneça a ilicitude). Descriminalização formal, assim, não se confunde com a descriminalização substancial, que concomitantemente legaliza a conduta. Sempre que ocorre o processo de descriminalização é

⁶² BERTOLOTE, J.M. *Glossário de Álcool e Drogas*. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas. 2006. p. 53

preciso verificar se o fato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se- embora não configurado um “crime”- continua sendo contrário ao direito.⁶³

Em relação a tais conceitos, pode-se definir descriminalização como a abolição do caráter criminoso de certos comportamentos humanos, ou seja, certas condutas deixam de ser consideradas crime, delito.

4.1.3 Despenalização

Já a despenalização possui um conceito diverso. Luiz Flávio Gomes explica que:

Despenalizar é outra coisa. Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão).⁶⁴

Em outras palavras, despenalizar é considerar certa conduta como crime retirando ou suavizando a pena de prisão no tocante a esta conduta. Adota-se, desta forma, por uma questão de política criminal do legislador referente a determinada época, outras penas alternativas para resolver esta questão.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 120.

⁶⁴ Ibidem, p. 121.

4.1.4 *Abolitio Criminis*

A *abolitio criminis* está regulamentada no artigo 2º, caput, do Código Penal: “Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.”

Para Julio Fabbrini Mirabete :

Ocorre a chamada *abolitio criminis* quando a lei nova já não incrimina fato que anteriormente era considerado ilícito penal. (...)

Pela *abolitio criminis* se fazem desaparecer o delito e todos os seus reflexos penais, permanecendo apenas os civis. Nesta parte, a sentença condenatória transitada em julgado, sem embargo da *abolitio criminis*, torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, inc. I, do CP). Isto porque já ficou reconhecida em juízo a ocorrência do fato e estabelecida sua autoria; o fato já não é crime, mas um ilícito civil que obriga à reparação do dano. O art. 2º, caput, do CP, portanto, não tem efeitos civis ou processuais civis.⁶⁵

Portanto, a *abolitio criminis* faz com que determinado fato deixe de ser considerado crime, embora possa ser enquadrado em outras sanções, como, por exemplo, a sanção civil. Sendo assim, não pode a *abolitio criminis* ser confundida com a legalização, tendo em vista que para esta última hipótese, o fato não sofre nenhum tipo de sanção, seja penal, civil, administrativa, além de outras.

4.2 DA DESPENALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

Como já observado em momento anterior no presente trabalho, a Nova Lei de Drogas impossibilitou a aplicação da pena privativa de liberdade para aquele que

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 59-60.

adquire, guarda, traz consigo, transporta ou tem em depósito, droga para consumo pessoal ou para aquele que pratica conduta equiparada (parágrafo 1º do artigo 28).

Este novo enfoque dado ao usuário de drogas pela Lei 11.343/2006, concedendo-lhe tratamento privilegiado em relação àqueles que praticam outros delitos mais graves, como por exemplo, o tráfico de drogas, fez com que surgissem inúmeras polêmicas em torno deste assunto.

Tal polêmica faz com que a doutrina e a jurisprudência tenham diversos posicionamentos a respeito do tema. Pergunta-se: a hipótese do artigo 28 da Nova Lei de Drogas, que não prevê pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, é caso de despenalização, descriminalização ou de *abolitio criminis*?

Considerando tais indagações, importa aqui trazer alguns posicionamentos dos juristas sobre essa discussão.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi sustentam que:

A lei não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. (...)

A nova lei inovou em diversos aspectos. Retirou o crime de trazer consigo para uso pessoal das proximidades topológicas do crime de tráfico, colocando-o no título relativo à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, a fim de abrandar o estigma da pena criminal, mas andou bem em não descriminalizar a conduta a fim de não enfraquecer a repressão, permitindo sua atuação para a cessação da atividade criminosa.⁶⁶

Já para Luiz Flávio Gomes, o que houve foi uma descriminalização formal, ou seja, o fato deixou de ser considerado crime. Veja-se:

A conduta descrita no art. 28, para nós, continua sendo ilícita (uma infração, aliás, uma infração penal *sui generis*). Tecnicamente, de acordo com nosso ponto de vista, isso significa que houve tão somente a descriminalização “formal”, não concomitantemente a legalização da posse de droga para consumo pessoal.⁶⁷

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, op. cit., p. 44-45.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 119-120.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em matéria veiculada na *Gazeta do Povo*, decidiu que portar drogas não é crime:

O Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um condenado em primeira instância por envolvimento com cocaína por entender que portar e consumir droga não é crime. O autor da polêmica decisão, (...) considerou inconstitucional o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza, embora de maneira mais branda, o porte de drogas ilícitas. (...) A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal”, diz trecho da decisão.⁶⁸

De modo diverso, Edemur Ercílio Luchiari e José Geraldo da Silva crêem que ocorreu *novatio legis in melius*:

Entendemos que este artigo não descriminalizou, nem despenalizou, o porte ilegal de drogas. Em primeiro lugar, não poderíamos falar em discriminação, uma vez que a conduta está inserida no capítulo III, que trata dos crimes e das penas. Em segundo lugar, despenalizar nada mais é que minimizar a resposta penal, evitando a pena de prisão ou aplicando-a brandamente. De acordo com a nova lei, cremos ter ocorrido *novatio legis in melius*, ou seja, a nova lei é mais branda que a anterior. Como a nova lei é mais favorável ao agente, terá efeito retroativo.⁶⁹

Porém, há autores que defendem a tese de que houve *abolitio criminis*. Alice Bianchini, na obra realizada em conjunto com outros doutrinadores como Luiz Flávio Gomes relata o seguinte:

O art. 28 não pertence ao direito penal, sim, é uma infração do direito judicial sancionador (Alice BIANCHINI), seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais), tendo ocorrido descriminalização substancial (ou seja, *abolitio criminis*).⁷⁰

Seguindo o mesmo raciocínio da autora ora citada, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, mencionados na obra de André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy,

⁶⁸ Tribunal de Justiça de SP Decide que Portar Drogas não é Crime. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 24 de maio de 2008. Vida e Cidadania. p. 9.

⁶⁹ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da, op. cit., p.44.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de, op. cit., p. 124.

dispõem que: “ as hipóteses do art. 28 são *abolitio criminis*, e todos os agentes condenados pelo art. 16 da antiga lei de Tóxicos (nº 6.368/76) têm direito a revisão criminal para cancelar todos os efeitos decorrentes da condenação.”⁷¹

Marcelo Lemos Dorneles, em obra concretizada juntamente com André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy, opina no sentido de que ocorreu neste caso uma descarceirização:

Por fim, há o posicionamento que sustenta a idéia de descarceirização do crime de consumir drogas. Nos filiamos a esta corrente. Depois de tentar demonstrar que não houve a descriminalização e nem a despenalização da conduta de usar drogas, é forçoso reconhecer que houve a descarceirização.⁷²

Mas a posição majoritária adotada no Brasil, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, é de que houve despenalização, ou seja, o tipo previsto no artigo 28 do Diploma Legislativo específico continua sendo crime.

Conforme informativo nº 456, do Supremo Tribunal Federal considera a conduta de posse de droga para consumo pessoal como criminosa:

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização (Transcrições) (v. Informativo 456)
RE 430105 QO/RJ*

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

Relatório: RE, a, do Ministério Público, em matéria criminal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou ser o Juizado Especial o competente para o processo e julgamento de crime de uso de drogas, previsto à época dos fatos no art. 16 da L. 6.368/76 (f. 114/120).

Alega-se violação dos 2º; 5º, XL; e 98, I, todos da Constituição, sob o fundamento de que, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido, o art. 2º, par. único, da L. 10.259/01, nos casos de competência da Justiça estadual, não ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da L. 9.099/95.

Dada a superveniência da L. 11.343/06 (art. 28), submeto à Turma questão de ordem relativa à eventual extinção da punibilidade do fato (C.Penal, art. 107, III).

⁷¹ PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto apud CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (coords.). *Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 73.

⁷² DORNELES, Marcelo Lemos; CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (coords), op. cit., p. 219.

É o relatório.

Voto: Parte da doutrina tem sustentado que o art. 28 da L. 11.343/06 aboliu o caráter criminoso da conduta anteriormente incriminada no art. 16 da L. 6.368/76, consistente em "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Dispõe o art. 28 da Lei 11.343/06, *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:

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."

A controvérsia foi bem exposta em artigo dos professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches do qual extrato, *verbis*:

Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma infração administrativa? A celeuma ainda não chegou a seu final.⁷³

⁷³ 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: 12 dezembro 2006, p. 2.

Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes:

- a) ele está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado "Dos crimes e das penas";
- b) o art. 28, parágrafo 4º, fala em reincidência (nos moldes do art. 63 do CP e 7º da LCP e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal);
- c) o art. 30 da Lei 11.343/06 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam;
- d) o art. 28 deve ser processado e julgado nos termos do procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, próprio para crimes de menor potencial ofensivo;
- e) cuida-se de crime com astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas;
- f) a CF de 88 prevê, no seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28).

Para essa primeira corrente não teria havido descriminalização, sim, somente uma despenalização moderada.

Para Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que se está diante de infração penal *sui generis*. Essa é a posição dos autores, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

- a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

- b) a reincidência de que fala o §4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção);
- c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;
- d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;
- e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;
- f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);
- g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;
- h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.⁷⁴

Consoante tais entendimentos cabe consignar que: conceber o art. 28 como "crime" significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como "criminoso". Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora tem-se que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches:

I. A tese de que o fato passou a constituir infração penal *sui generis* implica sérias conseqüências, que estão longe de se restringirem à esfera puramente acadêmica. De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha, op. cit., p. 3.

art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90), considera-se "ato infracional" apenas "a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos "às normas da legislação especial" (CF/88, art. 228); e C.Penal, art. 27) - vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90, art. 104) -, sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da L. 11.343/06.

Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança - diversamente de um maior de 18 anos -, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma.

Isso para mencionar apenas uma das inúmeras conseqüências práticas, às quais se aliam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*.

II. Estou convencido, contudo, de que 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).

III. 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).⁷⁵

Oportuno lembrar o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo

Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados, *in verbis*:

(...)

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.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha, op. cit., p. 5.

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.

Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107, III).

De outro lado, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, que fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva, reconheço, desde logo, a extinção da punibilidade dos fatos.

Os fatos ocorreram há mais de 2 anos (f. 78v e ss.), que se exauriram sem qualquer causa interruptiva da prescrição.

Perdeu objeto, pois, o recurso extraordinário que, por isso, julgo prejudicado: é o meu voto.

* acórdão publicado no DJU de 27.4.2007⁷⁶

Fernando Capez, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, afirma que o fato descrito no artigo 28 da Nova Lei de Drogas tem natureza de delito:

Entendemos, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, parágrafo 1º, da nova Lei).⁷⁷

A orientação mais correta é no sentido de que houve despenalização da conduta perpetrada pelo usuário de drogas. O artigo 28 da Lei 11.343/2006 faz parte do direito penal e é crime. O que houve apenas foi um abrandamento da resposta

⁷⁶ INFORMATIVO 456 STF. Min. Sepúlveda Pertence. RE 430105 QO/RJ. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#trancricao1> Acesso em: 25 set. 2008.

⁷⁷ CAPEZ. Fernando, op. cit., p. 690.

penal àquele que faz uso das drogas, adotando-se medidas alternativas para o delito ao invés de impor a pena privativa de liberdade.

4.3 DOS SERVIÇOS DISPONÍVEIS PARA O ATENDIMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS

Por fim, resta, neste trabalho monográfico apresentar alguns dos principais serviços disponíveis de atendimento ao usuário de drogas, enfocando também o trabalho realizado pelo Juizado Especial Criminal de Curitiba, Estado do Paraná.

4.3.1 Do Juizado Especial Criminal-Curitiba-Paraná

Como já salientado em momento anterior, o Juizado Especial Criminal é o órgão competente para processar e julgar o agente que comete infração de menor potencial ofensivo tipificado no artigo 28, caput e parágrafo 1º da Lei 11.343/2006.

No Juizado Especial Criminal de Curitiba, criou-se o trabalho da equipe multidisciplinar do SEAMA (Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento às Medidas Alternativas) que tem por finalidade o atendimento das demandas sociais, no que diz respeito às questões sócio-jurídicas pertinentes aos Juizados Especiais Criminais, conforme as Leis 9.099/95, 10.259/2001 e 11.343/2006.

Conforme dados fornecidos Pelo Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento às Medidas Alternativas:

O atendimento à população atendida no Juizado Especial Criminal objetiva a reintegração social do indivíduo, o acesso a redes sociais de apoio e a adequabilidade das alternativas penais propostas.

O trabalho realizado pelo SEAMA visa garantir aos indivíduos o exercício de seus direitos, através das políticas públicas.⁷⁸

Hoje, com a inovação trazida pela Nova Lei de Drogas, abandonou-se a política punitivista dos Diplomas Legais anteriores para criar medidas alternativas com um sentido sócio educativo dirigido ao usuário de drogas.

A transação penal, é sem sombra de dúvida, a medida alternativa que mais se destaca, por ser de fácil aplicação e não possuir uma política punitivista.

Esta medida despenalizadora, caracterizada por um acordo entre o Ministério Público e o reeducando, é de fundamental importância, pois este acordo substitui o processo penal, desde que cumpridas suas condições.

As modalidades destas medidas alternativas são: doação de medicamentos ou produtos alimentícios, prestação de serviços à comunidade, oficina de prevenção ao uso de drogas (OPUD), suspensão condicional do processo e curso profissionalizante.

Estas medidas alternativas geralmente são desenvolvidas com o auxílio de Instituições Parceiras, tais como: “O Pequeno Cotolengo do Paraná; Sociedade Socorro aos Necessitados; Fundação Iniciativa; Associação Curitibana dos Órfãos da AIDS (ACOA); Curso Profissionalizante Rede Esperança; Endocrinologia Pediátrica; PACTO- Tribunal de Justiça; CRENVI- Casa de Recuperação Nova Vida; CRAVI- Casa de Recuperação Água da Vida.”⁷⁹

Considerando as “penas” previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, o inciso I (advertência) corresponde à entrevista motivacional; o inciso II, como o próprio nome

⁷⁸ SEAMA- Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento Às Medidas Alternativas do Juizado Especial Criminal de Curitiba, Equipe Técnica: Beatriz Cordeiro Abagge; Janice Becker Rodrigues; Karin Andrzejewski; Gabriela Beltrão Veneri, 2007, p. 01.

⁷⁹ SEAMA, op. cit., p. 02.

diz, a prestação de serviços à comunidade; por fim, o inciso III refere-se à Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas (OPUD).

A entrevista motivacional consiste em auxiliar o indivíduo e se comprometer a abandonar o uso da droga, mudando seu comportamento. São realizados atendimentos individualizados ao usuário de drogas, recebendo este orientação para o seu devido tratamento.

A prestação de Serviços à comunidade é uma atividade desenvolvida pelo usuário de drogas, sendo que este se comprometerá a cumprir o número de horas ofertadas pelo Ministério Público, prestando serviço para instituições conveniadas com o Juizado Especial Criminal. Serão considerados para tal finalidade: a escolaridade do cidadão, sua capacidade relacional e de aprendizagem e suas aptidões.

E, finalmente, a OPUD- Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas é o encontro grupal de prevenção e conscientização sobre os riscos pessoais e sociais que as drogas podem causar. Este encontro, que são em número de 5, acontecem semanalmente com carga horária de duas horas e meia cada, totalizando treze horas.

São realizadas as seguintes atividades: “ exposição dialogada; exemplificação de casos; dinâmicas; discussão em grupo após apresentação de vídeos; utilização de transparências, data show, filmes. “⁸⁰

Para o cumprimento destas medidas propostas, as atividades a serem desenvolvidas pelo reeducando deverão estar em conformidade com o seu perfil e a sua capacidade cognitiva, não podendo este ser prejudicado em seus estudos ou em suas atividades laborais.

⁸⁰ Ibidem, p. 06.

O trabalho desenvolvido pelo SEAMA tem como linha metodológica a sistêmico-construtivista, objetivando com uma abordagem cognitivo-comportamental, um entendimento mais amplo dos fatores de risco ao uso de drogas, promovendo sua inclusão a fatores de proteção como a família, o estudo, atividades de lazer, trabalho, etc.

Com isso, busca-se uma análise do indivíduo sob o prisma biopsicossocial e espiritual, possibilitando um enfoque profilático realizado com os usuários de drogas.

4.3.2 Serviços disponíveis para atendimento ao usuário de drogas

Além dos serviços prestados no Juizado Especial Criminal para tratamento e reinserção social do usuário de drogas, existem outros que também procuram ser efetivos na proteção e amparo a este indivíduo, sendo conveniente citar alguns destes serviços.

O primeiro deles é o SUS-Sistema Único de Saúde, que oferece acessibilidade, a responsabilidade por oferecer serviços essenciais, o foco na família e orientação comunitária.

De acordo com informativo da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná:

A Secretaria Municipal de Saúde de Curitiba atualmente é composta por 105 Unidades de Saúde, sendo que, destas, 42 com Programa de Saúde da Família, 12 US com especialidades, 07 US 24 horas, (passando por uma mudança de modelo assistencial, sendo denominados Centros Municipais de Urgências Médicas), 01 Hospital Geral e Maternidade com 60 leitos (Centro Médico Comunitário Bairro Novo), 01 Laboratório de Análises Clínicas. Conta ainda, com 133 equipes de Saúde da Família, 1164 Agentes Comunitários e um corpo funcional com 4.726 servidores. A US oferece atendimento ambulatorial, sendo que 281 prestadores atuando no nível ambulatorial (incluindo as 105 US). Devido à estrutura organizacional é possível a realização de desintoxicação alcoólica ambulatorial, na rede básica de saúde. Quando se faz necessário serviço de média a alta complexidade, poderão

ser encaminhados para Ambulatórios de Saúde Mental, Centro Municipal de Urgências Médicas (CEMUM), Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e demais recursos próprios, conveniados, credenciados e outros.⁸¹

Outro atendimento voltado ao uso de substância tóxica é o CAPS ad Centro de Atenção Psicossocial- álcool e outras drogas. O CAPS, formado por uma equipe multidisciplinar de psicólogos, terapeutas ocupacionais, psiquiatras, além de outros, atende pacientes com transtornos ocasionados pelas drogas, podendo o regime ser o ambulatorial ou a internação hospitalar, o que varia dependendo de cada caso em concreto.

Este serviço busca a completa reinserção social do cidadão, respeitando suas condições individuais, dando-lhe a devida atenção e acompanhamento, com o escopo de promover uma melhor qualidade de vida no convívio em sociedade.

Sobre os tratamentos ofertados pelo CAPS, importante citar mais uma vez o referido informativo:

Os tratamentos oferecidos nos CAPS, de acordo com as necessidades dos pacientes, podem ser: **Intensivo**: quando o paciente se encontra em crise, com grave comprometimento psíquico ou dificuldades intensas no convívio social e familiar, precisando de atendimento até 22 dias no mês. **Semi-Intensivo**: quando o paciente começa a se estabelecer ou melhora seu relacionamento social, mas ainda inspira cuidados e necessita ajuda direta da equipe para conviver na comunidade, precisando de atendimento até 12 dias no mês. **Não Intensivo**: quando o paciente já não precisa de suporte contínuo da equipe para se manter na comunidade, podendo ser atendido até 3 dias no mês.

O CAPS oferece as seguintes atividades: atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros); atendimento em grupo (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social); atendimento em oficinas terapêuticas (expressivas, geradoras de renda e de alfabetização) e outras; visitas e atendimento domiciliares, atendimento à família; atividades comunitárias enfocando a integração do dependente químico nas comunidades e sua inserção familiar e social; atendimento de desintoxicação, sempre respeitando o Projeto Terapêutico Individual. (...)

Em Curitiba existem, em funcionamento, três CAPS ad: Bairro Novo, Cajuru, Boa Vista; com o indicativo de mais 02 unidades em andamento.⁸²

⁸¹ ANDRADE, Betina Penner; REIKDAL, Raquel Lílian Nunes. *Drogas Psicoativas*. Direitos Sociais e Serviços Disponíveis. Curitiba: Juruá, 2008, p. 43.

⁸² Ibidem, 44.

Já o CECUM - Centro Municipal de Urgências Médicas é uma estrutura de atendimento voltado para situações de extrema urgência e emergência de seus pacientes.

Seus pacientes são oriundos das Unidades de Saúde, SAMU, CAPS, e demais serviços de saúde. Está localizado em diversas regionais de Curitiba, como Boqueirão, Boa Vista, CIC, Pinheirinho, Cajuru, Portão (Fazendinha), Bairro Novo (Sítio Cercado).⁸³

Há também os serviços particulares, como os Grupos de apoio, as Comunidades Terapêuticas e as Clínicas Particulares.

Nos grupos de Apoio as pessoas se reúnem regularmente para contarem suas experiências de vida, seus traumas sofridos em decorrência da dependência química, para auxiliar outras pessoas a se livrarem do vício ocasionado por esta substância química. Os Grupos de Apoio mais citados são: o AA - Alcoólicos Anônimos, o NA - Narcóticos Anônimos e o AMOR EXIGENTE.

Enfim, todos estes serviços já enumerados, procuram oferecer, através de suas equipes multidisciplinares, opções de tratamento ao usuário de drogas, como internamento, participação em grupo terapêutico, hospital-dia, além de outros instrumentos de auxílio, para que o processo de recuperação do dependente químico seja alcançado com êxito.

⁸³ Idem.

5 CONCLUSÃO

Há muito tempo o Brasil já se preocupava quanto aos problemas que as drogas causavam para a sociedade e ao usuário, e, com base nisto, muitas foram as Leis que cuidaram de reprimir penalmente o seu consumo indevido. O primeiro diploma legal que tratou do assunto foi o decreto n. 4.294 de 1921 (sob inspiração da Convenção de Haia de 1912), sendo que outros instrumentos legais também regulamentaram a matéria, como: O Código Penal de 1940 (Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940- artigo 281), a Lei 5.726 de 1971, as Leis 10.409 de 2002 e 6.368 de 1976, além de outras.

Apesar desta evolução legislativa, a atual Lei 11.343/2006 trouxe uma inovação jurídica na legislação penal brasileira, através das medidas previstas em seu artigo 28, de cunho terapêutico e ressocializador, que são: a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A tendência prevencionista da nova política criminal da Lei 11.434/2006, culminou na total proibição de pena privativa de liberdade ao autor surpreendido em posse de droga para consumo próprio. Esta nova visão adotada por este Diploma Legal acarretou diversas polêmicas em sede acadêmica, jurídica e forense, sendo que a discussão principal nos dias de hoje é referente à natureza jurídica do artigo 28 desta Lei.

Discute-se se o mencionado tipo penal teria sido descriminalizado, despenalizado, ou se houve a hipótese de *abolitio criminis*. Pode-se notar, no presente trabalho monográfico, que as opiniões doutrinárias foram diversas, mas a

melhor orientação é acatar o entendimento adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal de que houve despenalização.

Assim, a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006, embora não comine pena de prisão ao usuário de droga, tem natureza jurídica de crime e não de infração penal “*sui generis*” ou infração administrativa como alguns outros juristas sustentam.

Tal conclusão se deve porque este tipo penal está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado “Dos Crimes e das Penas”, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública da coletividade. Além disso, trata-se de crime de menor potencial ofensivo a ser processado e julgado nos termos do procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Em outros dizeres, as sanções previstas no artigo 28 da Nova Lei de Drogas somente serão aplicadas por um juiz criminal e não por uma autoridade administrativa.

Analisou-se ainda, como o Juizado Especial Criminal de Curitiba- Estado do Paraná e outros serviços de tratamento disponíveis no Estado, estão lidando, na prática, com estes problemas de dependência e uso causados pelas drogas. Existe atualmente no Juizado Especial Criminal de Curitiba-Pr, o trabalho da equipe multidisciplinar do SEAMA- Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento de Medidas Alternativas do Jecrim-Curitiba, que promove a reintergração social do cidadão por meio da aplicação das medidas alternativas descritas no citado tipo penal.

Da realização do presente trabalho, conclui-se que a Lei 11.343/2006 apresentou um grande avanço no que diz respeito à posse de drogas para consumo próprio ao visualizar o usuário ou dependente de drogas como uma vítima direta das drogas, e que por isso, necessita de ajuda, amparo, e não mais um delinqüente merecedor de pena de prisão.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Betina Penner; REIKDAL, Raquel Lílian Nunes. *Drogas Psicoativas. Direitos Sociais e Serviços Disponíveis*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais: (Lei 11.343/2006)*. São Paulo: Método, 2007.
- BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11. 343/2006)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BERTOLETE, J.M. *Glossário de Álcool e Drogas*. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas. 2006. p. 53
- CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (coords.). *Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CAPEZ. Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, V. 4.
- CARVALHO, Moacir Lima de. *Descriminalização ou Despenalização da Posse de Drogas Para Consumo Próprio (2007)*. Disponível em: http://www.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2007b/Moacir_Lima_de_Carvalho.pdf -Acesso em: 25 set. 2008.
- DORNELES, Marcelo Lemos; CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (coords.). *Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 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: 12 outubro 2008.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei n. 10.409/2002 e à parte em vigor da Lei n. 6.368/76*. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. arts. 250 a 361. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, V. 9.

INFORMATIVO 456 STF. Min. Sepúlveda Pertence. RE 430105 QO/RJ. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>
-Acesso em: 25 set. 2008.

LACERDA, Roseli Boerngen de. *Revista Igualdade Temática: Drogadição*, livro 41, ano XIV, n. XLI, ed. Especial. Curitiba, março 2008.

LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da. *Comentários à Nova Lei Sobre Drogas: Lei 11.343/06*. Campinas, SP: Millennium, 2007

MAÇANEIRO, Celso. *Prevenção e Tratamento do Álcool e Drogas na Empresa*. Curitiba, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OBID- disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php> -Acesso em: 25 set. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SP Decide que Portar Drogas não é Crime. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 24 de maio de 2008. Vida e Cidadania.

SEAMA - Setor Técnico de Apoio e Acompanhamento Às Medidas Alternativas do Juizado Especial Criminal de Curitiba. Equipe Técnica: Beatriz Cordeiro Abagge; Janice Becker Rodrigues; Karin Andrzejewski; Gabriela Beltrão Veneri, 2007, p. 01.

ANEXO

LEI 11.343/2006

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.Mensagem de vetoRegulamento

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

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

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

TÍTULO II**DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS**

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Art. 8º (VETADO)

CAPÍTULO III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

CAPÍTULO IV

DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

SOBRE DROGAS

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

TÍTULO III

DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E

REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

CAPÍTULO I

DA PREVENÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II
DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINserÇÃO SOCIAL
DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

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

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

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

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

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

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

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

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

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

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

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.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

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.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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.

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

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

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.

TÍTULO IV
DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA
E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

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

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

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

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

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

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:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

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:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

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

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

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:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO PENAL

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

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

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

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

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

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

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Seção I

Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

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

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Seção II

Da Instrução Criminal

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará que se proceda na forma do art. 32, § 1º, desta Lei, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que fixar.

§ 2º Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

CAPÍTULO IV

DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

TÍTULO V

DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que

produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I - determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II - ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III - dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma prevista no § 1º do art. 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.

Art. 73. A União poderá celebrar convênios com os Estados visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas.

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos
Guido Mantega
Jorge Armando Felix

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.8.2006