www.conteudojuridico.com.br

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CCSJ
CAMPUS BALNEÁRIO CAMBORIÚ
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
SETOR DE MONOGRAFIA

AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

GUILHERME RIGO BERNDSEN

Balneário Camboriú (SC), 20 de novembro de 2008.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CCSJ
CAMPUS BALNEÁRIO CAMBORIÚ
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
SETOR DE MONOGRAFIA

AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

GUILHERME RIGO BERNDSEN

Monografia submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Jorge Roberto Krieger

Balneário Camboriú (SC), 20 de novembro de 2008.

www.conteudojuridico.com.br

MEUS AGRADECIMENTOS:

Agradeço primeiramente a Deus por me dar força e saúde nos momentos difíceis, sempre colocando pessoas iluminadas em meu caminho, como:

Meu pai, por ter me dado, carinho e amor ao longo de toda minha vida e nos momentos em que precisei minha eterna gratidão.

À minha mãe, pela educação, pelo carinho, sempre me ensinando os valores indispensáveis à formação do caráter, minha eterna gratidão.

Aos professores e colegas do Curso, pela troca de experiências.

Em especial ao professor e orientador, Jorge Roberto Krieger, pelo apóio e incentivo a pensar e pesquisar o Direito e não somente copiar ideias.

Enfim, àqueles que, de um modo ou de outro, participaram dessa trajetória para a concretização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu único irmão, Luciano Rigo Berndsen (in memorian). Amor e saudade eterna.

www.conteudojuridico.com.br

"É melhor atirar-se à luta em busca de dias melhores, mesmo correndo o risco de perder tudo, do que permanecer estático como os pobres de espírito, que não lutam, mas também não vencem; que não conhecem a dor da derrota, mas não têm a glória de ressurgir dos escombros. Esses pobres de espírito, ao final da jornada na terra, não agradecem a Deus por terem vivido, mas desculpam-se ante Ele por terem simplesmente passado pela vida."

(Bob Marley)

www.conteudojuridico.com.br

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Balneário Camboriú (SC), 20 de novembro de 2008.

Guilherme Rigo Berndsen
Graduando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pela graduando Guilherme Rigo Berndsen, sob o título AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO, foi submetida em 20 de novembro de 2008 à Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores: MSc. Jorge Roberto Krieger (Orientador e Presidente da Banca), MSc. Juliano Cavalcanti (Membro) e Esp. Wellington Cesar de Souza (Membro) e aprovada com a nota (9,8).

Balneário Camboriú (SC), 20 de Novembro de 2008.

Professor MSc. José Artur Martins
Coordenação de Monografia

Professor MSc. Jorge Roberto Krieger
Orientador e Presidente da Banca

www.conteudojuridico.com.br

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Apud	Citado por
Art.	Artigo
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ed.	Edição
Inc.(s.)	Inciso (s)
Min.	Ministro
n.	Número
p.	Página
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
v.	Volume
§	Parágrafo

www.conteudojuridico.com.br

ROL DE CATEGORIAS

Rol de Categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Abolição do crime

Em latim *abolitio criminis*. Se lei posterior deixar de considerar crime um fato, cessam a execução e os efeitos penas de uma sentença condenatória.[1]

Contravenção Penal

Infração tipificada em lei, que, sendo menos grave que o crime, é apenada mais brandamente.[2]

Crime

Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena.[3]

Dependente e dependência

Dependente é aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos e entende-se por

---

[1] ANGHER, Anne Joyce...[et al.]. **Dicionário Jurídico**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002. p. 04
[2] ANGHER, Anne Joyce...[et al.]. **Dicionário Jurídico.** 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002. p. 51.
[3] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 02.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

dependência o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes. [4]

Direito Penal

É o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplina, também, outras relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.[5]

Usuário

Deve ser considerado usuário todo aquele que faz uso de drogas, substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, sem estar submetido às mesmas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos.[6]

Prova pericial

É o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. [...] são aquelas substâncias que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos ou pela vista ou pelo ouvido, ou pelo tato, ou pelo gosto, ou pelo olfato. São chamados também de elementos matérias ou físicos [...]. Os crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas deixam

---

[4] MÉDICI, Sérgio de Oliveira *apud* MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 02.
[5] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 86.
[6] MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48/49.

www.conteudojuridico.com.br

vestígios, do que decorre a imprescindibilidade da prova pericial para a condenação.[7]

[7] FILHO, Espínola *apud* MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 403.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

RESUMO ..... **XIV**

INTRODUÇÃO **1**

CAPÍTULO 1 ..... **4**

DROGAS: HISTÓRIA, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO **4**

1.1 – CONCEITOS FUNDAMENTAIS: **4**
1.1.1 – CONCEITO DE DROGAS: 4
1.1.2 – CONCEITO DE ENTORPECENTES 5
1.1.3 – CONCEITO DE PSICOTRÓPICOS 6
1.1.4 - CONCEITO DE TÓXICOS 7
1.2 – CLASSIFICAÇÃO: **8**
1.3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DROGAS: **10**
1.3.1 – DESCRIMINAÇÃO AO USUÁRIO 13
1.3.2 – A PROIBIÇÃO NO MUNDO 14
1.4 – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PRINCÍPIOS BÁSICOS: **15**
1.4.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: 15
1.4.2 – PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE 17
1.4.3 – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. 18
1.4.4 – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 20
1.4.5 – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO 21

CAPÍTULO 2 ..... **22**

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL **23**

2.1 AS POLÍTICAS ANTIDROGAS ANTERIORES À LEI 11.343/06. ..... **23**
2.1.1 – LEI N.º 6.368/76: 25
2.1.2 – LEI N. 10.409/02: 28
2.2 – A LEI EM VIGOR: N.º 11.343/06 ..... **32**
2.2.1 – DISTINÇÕES ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE: 38

CAPÍTULO 3 ..... **40**

ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06 ..... **40**

3.1 ASPECTOS DESTACADOS DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06 ..... **41**
3.1.1 – OBJETO MATERIAL: 42
3.1.2 - DO SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO: 43
3.1.3 - DAS CONDUTAS TÍPICAS: 44
3.2 – DESCRIMINALIZAÇÃO: **48**

www.conteudojuridico.com.br

3.3 – DESPENALIZAÇÃO:.....53
3.4 – A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E A VISÃO DOS TRIBUNAIS: 57

CONSIDERAÇÕES FINAIS 61

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....64

www.conteudojuridico.com.br

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas divergências referentes à nova lei de drogas, a Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Uma das principais mudanças é que ao usuário de drogas será dado tratamento especial, inovando nosso ordenamento jurídico. O art. 28 da Lei de Drogas revogou o artigo 16 da lei n.º 6.368 de 1976 e alterou a forma de penalização do infrator portador de droga ilícita, estabelecendo apenas medidas educativas ao autor do fato, que, para alguns doutrinadores, não caracterizariam pena. Tratou-se, ainda, dos principais conceitos que norteiam o tema, bem como, a evolução histórica dos usuários de drogas e as legislações antidrogas no Brasil. Foi pesquisada, principalmente, a conduta do usuário, analisando se houve descriminalização ou despenalização do uso de drogas, mais especificamente a legislação concernente o artigo 28 da referida lei, diante das penas que lhe foram cominadas. Após, muitas discussões em recente decisão, o STF tentou pacificar tal polêmica, determinando a não ocorrência da descriminalização, mas a mera despenalização da conduta do usuário, com a quebra da tradição imposição de penas privativas de liberdade como sanção.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o tema "AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?"; I*nstitucional,* produzir uma monografia jurídica para obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; I*nvestigatórias*: geral, analisar as leis antidrogas anteriores, bem como, a nova lei de drogas, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006; E*specíficos,* realizar um estudo direcionado ao artigo 28 da referida Lei, sendo motivo de várias discussões, demonstrado através das várias alterações e sequência de leis criadas a respeito do assunto.

No transcorrer do primeiro capítulo, serão analisados os conceitos de drogas, entorpecentes, psicotrópicos, tóxicos e sua classificação; a história das drogas, desde seus primeiros usuários, sua pré-criminação e sua evolução no decorrer do século XX; aborda-se também os princípios básicos do tema, que são: princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da adequação social, princípio da insignificância e o princípio da intervenção mínima do estado.

Posteriormente, no segundo capítulo, será conduzido à evolução histórica das políticas antidrogas no Brasil; Ordenações Filipinas, Código Republicano, Código Penal, Lei n.º 5.726/71, Lei n.º 6.368/76, Lei n.º 10.409/02 e a Lei em vigor 11.343/06; analisando também as distinções entre usuário e traficante.

No Capítulo 3, será analisado especificamente o artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 e a problemática estabelecida, ou seja, a modificação no tratamento legal conferido ao usuário de droga,

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

evidenciando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a posição do TJ e do STF, acerca da descriminação ou despenalização do uso de drogas para consumo próprio diante das penas cominadas ao artigo.

Assim o presente relatório de pesquisa, encerra-se com as considerações finais, nas quais se apresentam os pontos destacados dos estudos realizados, bem como das reflexões que futuramente poderão ser necessárias.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses: a) O uso de drogas é tão antigo quando a existência do homem; b) Quando o uso de entorpecentes se tornou algo prejudicial ao meio social, foi criado leis para controlá-las; c) A Lei de Drogas apresenta sanções mais abrangentes aos usuários de drogas; d) O art. 28 descriminalizou ou despenalizou a posse de drogas para consumo próprio.

Para encetar a investigação foi utilizado o método indutivo[8]; a ser operacionalizado com as técnicas[9] do referente[10], das categorias[11], dos conceitos operacionais[12], e da pesquisa de fontes

---

[8] Método indutivo, segundo a explicação de LAKATOS e MARCONI, seria aquele "[...] cuja aproximação dos fenômenos caminha para planos cada vez mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às leis e teorias (conexão ascendente)". Somando as de LAKATOS e MARCONI, onde concluem que "[...] portanto o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam". LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.p.106 e 47.

[9] "Técnica é um conjunto diferenciado de informações reunidas e acionadas em forma instrumental para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas investigatórias". PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.p.88.

[10] "Referente é a explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 2003.p.56.

[11] Categoria "é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 2003.p.29.

www.conteudojuridico.com.br

documentais e bibliográficas (realizada através da busca em livros, revistas, jornais, documentos legais, artigos científicos e dados eletrônicos). Para a elaboração da Monografia adotou-se a metodologia proposta por PASOLD[13]

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

---

[12] Conceito operacional (=cop) é uma definição para uma palavra e/ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 2003.p.51.

[13] PASOLD, César Luiz. Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 2003.

www.conteudojuridico.com.br

CAPÍTULO 1

DROGAS: HISTÓRIA, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO

Neste capítulo será apresentado o conceito sobre drogas, entorpecentes, psicotrópicos e tóxicos, suas classificações, bem como, um histórico sobre a evolução das drogas e apresentação dos princípios básicos que norteiam o tema, visando construir as ideias desde os primeiros usuários até os atuais, a fim de que se possa ter uma compreensão do tema proposto para o presente estudo.

1.1 – CONCEITOS FUNDAMENTAIS:

1.1.1 – Conceito de Drogas:

Muito se discute sobre as definições e diferenças entre drogas, bem como a correta classificação das mesmas.

Na lição de Silva&Luchiari, "o vocábulo droga é de origem persa, e significa demônio. Segundo a Organização Mundial da Saúde, droga é toda a substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções." [14]

Atenta-se para a lição de Freitas Junior, droga é

> qualquer substância natural ou sintética, que ao entrar em contato com um organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções: é uma substância química que tem

[14] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 03.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não. [15]

Na mesma linha interpretativa segue Guimarães, "droga será qualquer substância manipulada pelo homem, nele introduzida, aplicada ou ingerida, cujos princípios químicos possam causar-lhe alterações, podendo, inclusive, afetar-lhe a saúde." [16]

Mesquita Júnior, entende que:

> Em sentido amplo, droga é tudo aquilo que tem pouco valor, é desagradável, todo medicamento, substância entorpecente, alucinante, excitante etc. ou, finalmente, qualquer produto que se usa em farmácia ou tinturaria. É com essa perspectiva que os psicólogos dizem que até a comida pode constituir a droga de uma pessoa que esteja em conflito e que busque uma fuga.[17]

No dizer de Freitas Junior, é possível afirmar que a droga seria o gênero, do qual entorpecentes, psicotrópicos e tóxicos seriam espécies. [18]

1.1.2 – Conceito de Entorpecentes

"Entorpecentes" era a palavra empregada pelos regulamentos jurídicos anteriores e descartado pela lei em vigor.

No dizer de Greco Filho:

> [...], em sentido estrito, segundo a conhecida definição de Di Mattei, são "venenos que agem eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetíveis de promover agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem

---

[15] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 08.
[16] GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada:** crimes e regime processual penal. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 13/14.
[17] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à Lei Antidrogas:** Lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 01.
[18] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 08.

www.conteudojuridico.com.br

> determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar um estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas" (apud Ítalo Grasso Biondi, Tossicomanie, in *Dizionario de criminlogia*, de Florian, Niceforo e Pende, v.2, p.1008). As demais drogas psicógenas não causam a chamada crise de abstinência ou síndrome de carência, mas serão equiparadas para os efeitos legais ao entorpecentes desde que apresentem o índice de periculosidade individual e social acima aludido. [19]

Freitas Junior explica que o termo "entorpecente" pode ser qualquer substância com ação analgésica e efeito psíquico tido como agradável pelo usuário, formando uma acepção farmacológica, conectadas às substâncias do grupo hipno-analgésicos, entre os quais, se destacam o ópio, a codeína, a morfina, a heroína e outros. [20]

1.1.3 – Conceito de Psicotrópicos

Versando sobre o tema, entende-se por psicotrópico toda droga que atua sobre o organismo como calmante ou estimulante, produzindo dependência psíquica.

Diante do que preleciona Greco Filho, a farmacologia batiza psicotrópicos "*as drogas de efeitos psíquicos, termo esse principalmente usado para alusão a produtos sintéticos, mas que pode englobar também os naturais, cujos os efeitos sejam semelhantes*." [21]

Na mesma linha interpretativa segue Freitas Junior:

> [..] constitui qualquer substância que atue sobre o psiquismo do agente. Age principalmente sobre o sistema nervoso central, afetando os processos mentais e emocionais. Para

---

[19] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.
[20] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.
[21] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> Damásio, são drogas que têm sua principal ação e efeito na atividade cerebral, modificando seu funcionamento, alterando a percepção, as sensações, as emoções, o pensamento e o comportamento; [...]. Há, ainda, neurolépticos, ou seja, psicotrópicos com capacidade de produzir ação sedativa sem efeito hipnótico, sendo eficazes em estados de excitação e de agitação, [...].[22]

Podemos dizer em outras palavras: psicotrópico é qualquer substância que em contato com um determinado organismo, altere o humor ou o comportamento.[23]

1.1.4 - Conceito de Tóxicos

É pacifico o entendimento de que tóxico é qualquer substância, que dependendo da dose utilizada, quando incorporada ao organismo pode lhe causar danos.[24]

A seguir, Freitas Junior destaca que tóxicos definem-se como:

> [...] Em outras palavras, qualquer substância capaz de agir de maneira nociva, provocando alterações estruturais ou funcionais, ao ser introduzida no organismo. Exemplos: cigarros, bebidas, alcoólicas, insumos químicos de agricultura, medicamentos livremente comercializados, etc. [25]

Verifica-se que tóxicos é toda substância que produz alterações físicas e psíquicas, danificando o organismo quando introduzida, e também em algumas vezes, causando sua dependência.

---

[22] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 08.
[23] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de**. Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.
[24] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.
[25] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

1.2 – CLASSIFICAÇÃO:

Existem vários estilos de classificação das drogas, sendo que nenhum é inteiramente correto ou absoluto.

Freitas Junior exemplifica este tópico, nos seguintes termos:

> CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS – A AIPESP – Associação dos Investigadores de Polícia do Estado de São Paulo – publicou a cartilha denominada "Drogas, o Flagelo da Juventude". [...]. A importância e a excelência do referido trabalho autorizam que o mesmo seja adotado como padrão para a classificação das drogas. Pode-se, pois, classificar as drogas da seguinte forma:
>
> ANFETAMINAS – São estimulantes utilizados para aliviar a pressão diária e a sonolência profunda [...], têm em comum ações como aumento da atividade motora e redução da necessidade de sono, diminuindo a fadiga, e induzindo a euforia. [...]. Podem ser utilizadas por via oral ou de forma injetável [...]. Atuam como estimulantes do sistema nervoso central, fazendo com que o cérebro trabalhe mais rápido, deixando o agente sem qualquer cansaço aparente. [...]. O uso em doses elevadas pode causar tremores, excitação excessiva, irritabilidade, degeneração das células cerebrais, paranóia, confusão mental, delírios e alucinações. [...]. Exemplo clássico de anfetamina é o chamado "rebite", utilizados por caminhoneiros e motoristas profissionais para se manterem acordados por mais tempo; [...]. Recentemente alguns médicos incluíram a metilenodioximetanfetamina (MDMA – ecstasy) no grupo das anfetaminas, sustentando que referida droga tem mais efeitos típicos da anfetamina do que alucinógenos.
>
> BARBITÚRICOS – Espécie do gênero dos hipnossedativos, [...], ou seja, drogas que têm ação calmante ou relaxante sobre as funções psíquicas. Em outras palavras, são calmantes, utilizados como sedativos, para o tratamento de epilepsia, insônia, agitação, etc. [...] Produzem estado de embriaguez, descontrole motor, sonolência e relaxamento, prejudicando a deambulação, a capacidade de raciocínio, a concentração e a coordenação motora. Quando ingerido de forma diversa da terapêutica, podem ocasionar complicações respiratórias, prostração nervosa, estado de coma, ou até mesmo a morte (caso ingerido com bebidas

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

alcoólicas). [...]. Como exemplos de barbitúricos: temos o gardenal, fenorbabital, pentobarbital, amobarbital e outros.

DELIRANTES – São elementos químicos voláteis, estimulantes, que não possuem qualquer uso terapêutico. Em geral são inalados pelo agente, causando visão embaçada, fala confusa e confusão mental. Numa primeira fase causam euforia, perturbações auditivas e visuais, salivação e tosse; no segundo momento o agente suporta desorientação, perda do seu auto-controle, dor de cabeça e alucinações; após, ocorre a redução dos reflexos, descoordenação ocular e motora , fala dificultada, podendo evoluir à inconsciência, convulsões, com e até a morte. Agem principalmente sobre o sistema nervoso central, podendo atingir a medula óssea, rins, fígado e outros órgãos vitais, além de causarem a destruição das células cerebrais (neurônios), com lesões irreversíveis no cérebro. Exemplos: solventes de pintura, cola de sapateiro, gasolina, tintas, thinner, esmaltes, clorofórmio, éter, cloreto de etila (lança-perfume).

ALUCINÓGENOS – As drogas alucinógenas, também chamadas de "pscicodélicas", apresentam a capacidade de produzir alucinações sem delírio. São drogas ou medicamentos que induzem distúrbios mentais e emocionais com alucinações e alteração da personalidade; [...]. São bastante utilizados por médicos em pesquisa sobre o comportamento humano. Podem ser fumados ou ingeridos oralmente, causando uma redução na percepção do agente, perturbação da capacidade de calcular tempo e espaço, sensação de bem-estar, relaxamento, alucinações e falas desconexas. [...]. Os alucinógenos mais agressivos – como a dietilamida de ácido lisérgico (LSD) – possuem efeito psicótico de longa duração, podendo permanecer agindo sobre o organismo da agente por semana após a utilização da última dose, [...]. Os exemplos mais comuns de alucinógenos são a maconha, o haxixe, a mescalina, e a dietilamida do ácido lisérgico – LSD.

OPIÁCEOS – São depressivos utilizados para alívio da dor, antes e depois de intervenções cirúrgicas. Geralmente injetáveis, causam sonolência, náuseas e dificuldade de respiração, e o uso não terapêutico pode levar à morte. [...]. Exemplos: heroína, morfina, metadona, codeína e o ópio. [26]

---

[26] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 10/11/12/13.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Referido informativo possui objetivo de fornecer esclarecimentos à população sobre os perigos e malefícios das drogas, estipulando uma classificação das mesmas, bem como suas principais conseqüências no organismo do agente.[27]

1.3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DROGAS:

Primeiramente, é importante salientar que as drogas e as substâncias tóxicas não são uma criação do século XX, apesar de nos últimos tempos ter alcançado uma ênfase maior. Seu consumo é algo quase tão antigo quanto à própria existência do homem, o que se constata ao estudar a história e a evolução das civilizações.

Segundo Gomes "*o uso de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sendo que sobre o ópio e a Cannabis há registro de que já eram utilizados desde o ano 3.000 antes de Cristo.*" [28]

> Não se sabe ao certo qual foi a primeira substância psicoativa utilizada pelo homem, se foi a maconha ou o ópio. Mas sabe-se que isso foi há milhares de anos. As propriedades da papoula, por exemplo, de onde se extrai o ópio, são conhecidas há pelos menos 8.000 anos no mediterrâneo ocidental, sabe-se disso porque a mais antiga língua escrita, a suméria, já fazia referência à flor como "planta do prazer". No caso da maconha, o registro humano mais antigo remonta a 6.000 anos atrás. [...]. Já o uso da coca é mais recente. Os registros mais antigos são de 2.000 anos atrás, nos Andes.[29]

No entender de Maluf:

---

[27] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 10.
[28] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.
[29] VERGARA, Rodrigo. **Coleção para saber mais: Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 37.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> Nos primórdios da sociedade humana o uso de drogas era apenas mais um dos elementos que compunham o cenário da vida. O uso dessa substância estava relacionado a rituais religiosos, a comemorações, a idéias de transcendência, a rito de passagens e ao combate a males da saúde, como dores e insônia. O plantio e a produção destas substâncias destinava-se, ao consumo próprio ou de um grupo reduzido. [30]

Silva e Luchiari destacam que nos povos antigos, como gregos e romanos, também existia o uso de drogas, sendo o mais comum o uso de bebidas alcoólicas, fato este que explicaria a aceitação e o uso desta droga na sociedade moderna.[31]

Silva e Luchiari ainda corrobora dizendo:

> Outras drogas aparecem nos ritos sagrados dos templos de Dionísio, no oráculo de Delfos; enquanto no Oriente o homem aprende a extrair o ópio do suco da papoula. Herótodo conta que os citas se embriagavam com os vapores das sementes de cânhamo lançadas sobre pedras aquecidas, o que demonstra a antiguidade do vício da maconha. [32]

Importa registrar, que, para Silva&Luchiari, o uso dessas drogas na sociedade antiga, era moderada e pouco frequente na coletividade, salvo episódios isolados que pouco acontecia, onde ocorriam excessos por algumas partes, sem, contudo, afetar o coletivo ou meio social. [33]

Sobre o assunto Vergara explica que:

> A coca também foi usada durante séculos sem causar problemas. Para os povos que viviam nas escarpas da

---

[30] MALUF, Daniela Pinotti...[et al.]. **Drogas: prevenção e tratamento, o que você queria saber e não tinha a quem perguntar.** São Paulo: CL A Cultural, 2002. p.14.
[31] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 01.
[32] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 02.
[33] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 02.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> Cordilheira dos Andes, mascar folhas de coca é uma condição de sobrevivência. No ar rarefeito das montanhas, a pequena porção de cocaína que se extrai lentamente ao mastigar um maço de folhas de coca combate a fadiga e alivia a fome e a sede. Para os habitantes dos Andes, a planta era sagrada. Os incas restringiam o uso da coca às cerimônias religiosas e rituais de iniciação. E foi assim que os nativos usaram a planta até a chegada dos espanhóis, no século VXI. [34]

No entanto, Vergara acrescenta que:

> Os primeiros acordes desafinados dessa sinfonia harmoniosa começaram a ser ouvidos entre o final do século VXIII e o início do século XIX, à medida que a sociedade tradicional ia dando lugar ao mundo moderno. [...]. O abuso das drogas começou pelas mãos dos médicos, que, entusiasmados com a descoberta de curas milagrosas para seus clientes, passaram a prescrever as novas substâncias para todo e qualquer problema. Esse erro original foi multiplicado pela ação inescrupulosa de farmacêuticos que faziam propaganda mentirosa para vender seus produtos, mesmo depois que os males por eles provocados se tornavam evidentes.[...]. Foi então que a indústria farmacêutica, que, na época podia produzir, divulgar e distribuir sem restrições, tomou a frente do mercado e começou a fazer produtos com coca diretamente para o público.[...]. Esses remédios eram vendidos sem receita médica, apesar de alguns deles terem 99,9% de cocaína. [35]

Deste modo, nota-se que as drogas sempre permaneceram presentes nas sociedades, no entanto com diversos aspectos e finalidades. E somente a partir do período em que seu uso tornou-se maléfico para os indivíduos e a sociedade como um todo, procurou-se combatê-la.

---

[34] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 38.

[35] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 38/39/40.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

1.3.1 – Descriminação ao usuário

Vergara leciona que "*como sempre, os ricos têm acesso mais rápido a informação e logo deixaram de consumir as drogas mais perigosas ou passaram a usá-las com mais cautela. Os pobres não tinham essa mesma opção*." [36]

> Por muito tempo, aliás, seu vício foi encorajado, porque acreditava-se que a droga aumentava a produtividade tornava possível o trabalho árduo. Em Nova Orleans, por exemplo, os trabalhadores negros reclamavam que, sem cocaína, não conseguiam agüentar a jornada de trabalho braçal de até 70 horas ininterruptas.[37]

Para Vergara "*a mudança de público que passou a consumir drogas acirrou os ânimos contra o seu uso. Pessoas da elite eram consideradas aptas a relacionar-se com as drogas. Mas, se o usuário era um trabalhador considerava-se o ato uma luxúria*." [38]

Ainda neste diapasão, Vergara, diz que "*a divulgação de dados como o fato de que a maioria das prostitutas presas no Texas, eram dependentes de cocaína não ajudava a desfazer a conexão entre droga e sexo, que horrorizava a classe média.*" [39]

> A imprensa americana logo notou que esse medo vendia jornal e caprichou nas mentiras apavorantes, sempre envolvendo minorias drogadas. Em seu livro sobre a história das drogas, Richard Davenport-Hines levantou muitas notícias fantasiosas, publicadas nos Estados Unidos, sobre cocainômanos negros que atacavam mulheres brancas e mexicanos que usavam maconha, estes alucinados, estupravam mulheres brancas. [...] um editor de um grande

---

[36] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 41.
[37] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.
[38] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.
[39] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> jornal chegou ao absurdo de dizer que 99% das pessoas que fumavam ópio acabavam na cadeia ou no necrotério.[40]

A população em geral acreditava nas mentiras vincula a imprensa e logo aparecem propostas racistas de proibir o consumo de drogas.

1.3.2 – A proibição no mundo

Para Vergara, a proibição das drogas que existe no mundo todo, teve início no século XX pelos Estados Unidos da América, em uma história que envolve puritanismo e interesses políticos. [41]

Como ressalva Vergara, em sua obra:

> A proibição às drogas, dentro e fora dos Estados Unidos, foi construída aos poucos, entre 1909 e 1924. Nas conferências internacionais, os americanos pressionavam os outros países a adotarem posturas cada vez mais restritivas. E, para que seus representantes nesses encontros pudessem mostrar que já tinham feito sua lição de casa, o Congresso americano aprovava Leis cada vez mais duras. Mas nem todos os países concordavam. Em 1912, a Convenção de Haia estabeleceu que a cocaína e os opiáceos só deveriam ser liberados para uso médico. Só 12 países assinaram. A Turquia e a Sérvia, que produziam opiáceos, e a Alemanha e a Inglaterra, que fabricavam cocaína, não assinaram. Ficou então acertado que a convenção só teria valor quando assinada por pelo menos 35 países. Os americanos aproveitaram a Primeira Guerra Mundial para impor esse compromisso. Em 1918, o tratado de Versalhes, que atestou o fim da guerra, reservou uma cláusula para as drogas. O artigo 295 diz que a convenção entrava em vigor e que cada país faria uma lei para regulamentá-la. Em 1921, a convenção já tinha 38 assinaturas. Em 1934, chegou a 56. [42]

---

[40] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.
[41] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 44.
[42] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 45.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Vergara leciona mais, dizendo que "[...] *isso não acabou com o comércio dessas drogas. Durante muito tempo, grandes indústrias farmacêuticas continuaram fabricando as drogas reguladas e alimentando o mercado negro, muitas vezes com a conivência dos governos*.[...]". [43]

Melhor explica Gomes, "*tal uso só se tornou criminalmente punível com a evolução das sociedades. Em torno desse assunto existem incontáveis questões culturas, políticas e econômicas e, também, muito preconceito*." [44]

1.4 – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PRINCÍPIOS BÁSICOS:

Pode-se chamar de princípios reguladores do controle penal princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 (art. 5º).[45]

1.4.1 – Princípio da Legalidade:

O Princípio da legalidade explica que para que exista um crime é necessária uma lei anterior que o determine como tal. Esse princípio vem previsto no artigo 5º, inc. XXXIX da Constituição da

---

[43] VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 46.
[44] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.
[45] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

República Federativa do Brasil de 1988[46], bem como, no artigo 1º do Código Penal.[47]

Bitencourt ensina que:

> Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. [48]

Consoante Reza Batista "*além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta em lei*". [49]

A propósito, são oportunas as palavras Bitencourt:

> A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.[50]

---

[46] **Art. 5º, XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[47] **Art. 1º**. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

[48] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

[49] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67.

[50] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

A seguir, observa Delmanto "*nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua prática (e não apenas ao seu julgamento) o defina como tal*".[51]

1.4.2 – Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade, em sua configuração mais elementar "não há crime sem culpabilidade". Embora, no direito penal antigo, a responsabilidade era objetiva, ou seja, pela simples produção do fato. No entanto, tal forma objetiva está praticamente erradicada do direito penal contemporâneo.[52]

Na lição de Bitencourt:

> A *culpabilidade*, como afirma Munõz Conde, não é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é um *fenômeno social*; "não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responde por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade". Dessa forma, não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade,[...].[53]

Resumindo, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade

---

[51] DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 03/04.
[52] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.
[53] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.[54]

1.4.3 – Princípio da Adequação Social.

O princípio de adequação social preceitua que o Direito penal tipifica apenas os comportamentos que apresentam importância social, caso contrário não poderiam ser delitos. Exemplo disso tem-se o crime de adultério, contido no artigo 240 do Código Penal Brasileiro de 1940[55], que só foi revogado anos depois, com a vigência da lei n. 11.106, apesar de há muitos anos ninguém responder a processo por este crime.

Bitencourt lembra Welzel, conforme salienta:

> O direito penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua "adequação social" não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram "socialmente adequadas" não podem constituir delitos, e por isso, não se revestem de tipicidade.[56]

---

[54] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

[55] **Art. 240** - Cometer adultério:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.
§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.
§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.
§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:
I - pelo cônjuge desquitado;
II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.[...]

[56] WELZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Bitencourt cita também Stratenwerth, dizendo que "*é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento*".[57]

Adepto desse ponto de vista é Bitencourt, ao sustentar que:

> A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado,[...].[58]

Sobre os efeitos da adequação social, Capez explica:

> Critica-se essa teoria porque, em primeiro lugar, costume não revoga lei, e, em segundo, porque não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz ser suplementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo.[59]

No arremate desse tópico, novamente chamamos a atenção para o que nos ensina Bitencourt, "*as conseqüências da chamada 'adequação social' não encontraram ainda o seu porto seguro*." [60]

---

[57] Stratenweth apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24
[58] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.
[59] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 18.
[60] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

1.4.4 – Princípio da Insignificância.

Não há no Código de Processo Penal qualquer dispositivo que permita o juiz a absolver alguém, fazendo-o pela simples e tão só circunstância de que o delito por si cometido terá causado insignificante lesão ao bem jurídico, sem nenhuma importância social. Sendo que ao legislador cabe a função de elaborar leis, que às vezes não consegue descobrir o exato alcance delas, existindo a necessidade do aplicador da lei corrigir essa irregularidade jurídica.

Magalhães aponta a posição de Vico Mañas, a respeito da matéria:

> O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do nullum crimen sine lege, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.[61]

Na mesma linha de raciocino, Aguiar coloca as ideias do saudoso ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco de Assis Toledo:

> Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria

---

[61] MAGALHÃES, Joseli de Lima. **Princípio da insignificância no Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br /doutrina/texto.asp?id=948>. acesso em: 25 setembro. 2008 *apud* MAÑAS, Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente no Direito Penal, Saraiva, pág. 56.

www.conteudojuridico.com.br

> cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante.[62]

Conforme salienta Bitencourt expondo que "[...]. *Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal*. [...]."[63]

1.4.5 – Princípio da intervenção mínima do Estado

Este princípio diz que o legislador deve escolher os bens jurídicos que precisam ser protegidos pelo Direito Penal, incumbindo este sistema a proteção dos bens jurídicos realmente importantes.

Na expressão precisa de Bitencourt:

> *O princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem

---

[62] AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O princípio da insignificância e os crimes contra o sistema financeiro nacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 255, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5000>. Acesso em: 25 set. 2008.

[63] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

www.conteudojuridico.com.br

> suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. [...].[64]

Para finalizar, demos novamente a palavra a Bitencourt nos seguintes termos:

> Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos.[65]

Por fim, o princípio em tela defende que, antes de se recorrer ao Direito Penal, devem-se usar todos os meios extra-penais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

O próximo capítulo abordará a evolução legislativa das políticas antidrogas brasileiras, com vistas a entender historicamente os motivos que informam à lei que atualmente regula a matéria.

CAPÍTULO 2

---

[64] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

[65] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

O segundo capitulo vai abordar as leis antidrogas antecedentes a atual, bem como, a lei em vigor, apresentando as antigas capitulações, sanções impostas e tratamento dado ao usuário e traficante de drogas.

2.1 AS POLÍTICAS ANTIDROGAS ANTERIORES À LEI 11.343/06.

É fundamental conhecer as Leis antecedentes à Nova lei drogas (Lei N.º1.343/06), já que foram ordenamentos jurídicos que abordaram com mais profundidade a matéria em questão.

Nas palavras de Carvalho o código Criminal do Império não trazia nada sobre a matéria de drogas. No entanto, a primeira incriminação ao uso, porte e comércio de determinadas substâncias tóxicas no Brasil esta contida nas Ordenações Filipinas, mais especificamente no Livro V, em seu título 89. Embora a primeira disposição anunciada sobre a proibição de substância tóxica é vista somente no Código Republicano de 1890, em seu artigo. 159, que punia com multa quem tivesse à venda ou fornecesse substâncias venenosas sem legítima autorização. Em 1940, com a chegada do Código Penal, regulamentado pelo Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro daquele ano, o crime de comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes foi tipificado no artigo 281.[66]

Gomes nos dá uma definição lapidada sobre a expressão utilizada acima:

---

[66] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 19/25.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> No Brasil, a primeira legislação criminal q puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no livro V das Ordenações Filipinas: quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio, poderia perder a fazenda, ser expulso do Brasil e enviado para a África. Depois vieram: o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-lei 891 de 1938, o código Penal de 1940, Lei 6.368/76 e Lei 10.40/2001. [67]

Por outro lado, Carvalho enuncia que os legisladores, preocupados com o aumento do tráfico e com o uso de drogas que alcançava magnitude generalizada, cujo governo não conseguia manter o controle, foi criada a Lei 5.721/64. [68]

Sobre referida Lei, afirma Greco Filho:

> A Lei nº 5.726, de 29 e outubro de 1971, dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao trafico e uso de substancias 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 valida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial. A Lei nº 5.726 foi regulamentada pelo Decreto nº 69.845, de 27 de dezembro de 1971. [69]

No que diz respeito às inovações, Carvalho leciona:

> A Lei 5.726/71 renova a redação do artigo 281 do Código Penal e modifica o seu rito processual, representando real e coerente iniciativa na repressão aos estupefacientes, chegando a ser considerada exemplar em nível mundial. O fato de não mais considerar o dependente como criminoso, porém, escondia faceta ainda perversa da Lei, que é de

---

[67] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

[68] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 26.

[69] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> não diferenciar o usuário eventual (ou experimentador) do traficante. [70]

Carvalho entende que, embora a Lei n.º 5.726/71 representasse um progresso na repressão às drogas ainda não existia uma padronização das leis antidrogas no Brasil. Em virtude dessa necessidade, a referida lei durou somente 5 (cinco) anos, sendo substituída pela Lei n.º 6.368/76. [71]

2.1.1 – Lei n.º 6.368/76:

No que diz respeito à Lei 6.368/76, Silva e Luchiari ensinam que, a referida lei foi sancionada perante a enorme preocupação existente com as drogas. Tal Lei trouxe inúmeras inovações às normas de combate e prevenção daquela época, sua base consistia no combate à exploração da droga e a defesa do usuário e dependente. [72]

Engrandece Freitas Junior:

> A Lei n. 6.368/76, de 21 de outro de 1976, ficou conhecida como a **Lei de Tóxicos** ou **Lei de Entorpecentes**. Pretendendo abranger todas as questões referentes à matéria, definia as condutas típicas atinentes ao uso e disseminação de substâncias entorpecentes, bem como regulamentava o processamento e punição dos respectivos crimes, além do tratamento a ser dispensado aos dependentes físicos e químicos. [73]

Corrobora Gama, em sua obra:

---

[70] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 27.
[71] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 28.
[72] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 05.
[73] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> Ao seu tempo, a Lei nº 6.368/1976 foi considerada um avanço sem precedentes, sendo isso atestado pelo seu largo tempo de vigência. Assim, de forma bastante rudimentar, a revogada Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, tratou com a habilidade exigida na sua época, visando já prevenir e reprimir as práticas criminosas referentes ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes. [74]

Nesse enquadramento de ideias, para melhor entendimento referente ao tratamento diferenciado das punições aplicadas ao traficante e ao usuário de drogas, veja-se o art. 12 e art. 16, ambos da Lei N.º 6.368/76:

> 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 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.**
>
> § 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;
>
> II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substãncia que determine dependência física ou psíquica.
>
> § 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:
>
> I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

---

[74] GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas –** lei. 11.343/2006: comentada. Campinas: Russel, 2006. p. 16.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> 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 fisica ou psíquica.
>
> III - 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.[...]
>
> Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> **Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa**.[...][75] (grifo nosso)

Desta forma, pode-se notar que a lei 6368/76 determina penas tanto para o tráfico quanto para o uso de drogas.

No que tange as mudanças em relação as leis anteriores, Greco Filho entende que:

> A pena privativa de liberdade foi novamente exacerbada comparando-se os textos de 1940, do Drecreto- lei n.º 385 e da Lei n. 5.735. Justifica-se a exacerbação em virtude da distinção feita em relação àquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio, agora punido com detenção. Foi deixada grande margem de discricionariedade ao juiz para a fixação da pena, a fim de que possa o magistrado apenar diferentemente o pequeno e o grande traficante. Sabe-se, porém, que as grandes penas raramente são impostas, o que, todavia, agora pode ser superado em virtude da separação para o que traz consigo para uso. [76]

Em relação às mudanças da pena de multa Greco Filho conceitua que "foi reduzida, adequando-se mais à realidade. A

---

[75] BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2008.

[76] GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, comentários à Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982. p.94.

www.conteudojuridico.com.br

pena anterior era realmente excessiva, a ponto de tornar-se inexeqüível, [...].”[77]

Para Silva e Luchiari:

> A sua origem em período de exceção e a incompreensão de seu texto, ora pela prática menos escorreita de seu sentido, ora pelo interesse dos que sempre desejaram uma legislação mais liberal, validaram o nascimento de movimentos de contestação do texto legislativo, defendendo uma revisão naquela Lei. [78]

Na visão de Leal, após 30 anos de sua vigência, a Lei nº 6.368/76 já estava ultrapassada devido às mudanças na sociedade brasileira, não possuindo mais instrumentos de controle penal eficaz e apropriado para os fins a que se propunha, que se resumiam em prevenção, tratamento e repressão aos usuários e traficantes de substância entorpecente. [79]

Apesar disso, a Lei nº 6.368 existiu por mais de 26 (vinte e seis) anos até que a Lei nº 10.409, pretendeu, enquanto projeto substituí-la.

2.1.2 – Lei n. 10.409/02:

A lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, ganhou o nome de Nova Lei Antitóxica, tendo sido promulgada com intuito de sanar as pendências e lacunas legislativas decorrentes da Lei n. 6.368/76.

---

[77] GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, comentários à Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 94.

[78] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p 06.

[79] LEAL, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.1177,21.09.2006.Disponível: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>. Acesso em: 22 set. 2008.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Cabe ressaltar que, segundo os ensinamentos de Freitas Junior:

> [...]. Ao invés de solucionar os problemas resultantes da lei anterior, a Lei n. 10.409/2002 foi promulgada com tantas imperfeições técnicas e preceitos inconstitucionais, que grande parte de seu conteúdo foi vetado pelo Presidente da República, sem que referido veto tenha sido derrubado pelo Legislativo. [80]

Nesse sentido, dispõe Silva e Luchiari:

> Sua sanção integral corria o risco de provocar uma generalizada bolitio criminis e, entre o risco de VETAR integralmente, com grave desgaste político, uma lei de 11 anos de tramitação, o governante encontrou a solução de vetar parcialmente, deixando o documento totalmente mutilado. [81]

Como leciona Capez:

> A legislação básica era composta das Leis n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Esta última pretendia substituir a Leis n. 6.368/76, mas o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual. [82]

Nessa linha de pensamento Freitas Junior, observa que "*não demoraram a surgir várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, gerando interpretações antagônicas sobre as aplicações de ambas as leis*." [83]

Neste diapasão, transcreve-se da doutrina de Silveira:

> Com a entrada em vigor da Lei n.º 10.409/02, criou-se uma verdadeira simbiose penal, porque se aplica uma parte da

---

[80] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.
[81] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio**. Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 08.
[82] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.
[83] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> lei n.º 6.368/76 e, completa-se com a nova legislação, da seguinte forma:
>
> - Lei 6.368/76: Continuava em vigor a parte dos crimes e do procedimento.
>
> - Lei 10.404/02: Com sua entrada em vigor os capítulos I (disposições gerais), II (prevenção, tratamento e erradicação), VI (efeitos da sentença) e VIII (disposições gerias) passaram a vigorar, SMJ, revogando o disposto na Lei n.º 6.68/76. [84]

Mesmo que o Capítulo III da Lei n. 10.409/02 tenha sido totalmente revogado, veja-se as punições atribuídas pelos arts. 14 e 20 ambos da Lei nº 10.409/2002 e o tratamento também diferenciado ao traficante e ao usuário de drogas:

> Art. 14. Importar, exportar, remeter, traficar ilicitamente, preparar, produzir, fabricar, adquirir, **vender, financiar, expor à venda, oferecer**, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar a consumo e oferecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> **Pena: reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa**.[...]
>
> Art. 20. Adquirir, guardar, ter em depósito, **transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal**, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> **Penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21**. [...]
>
> **Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes:**
>
> **I – prestação de serviços à comunidade;**
>
> **II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime**

---

[84] SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada.** São Paulo: JLA, 2006. p 15.

www.conteudojuridico.com.br

> **ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico;**
>
> **III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;**
>
> **IV – suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo;**
>
> **V – cassação de licença para dirigir veículos;**
>
> **VI – cassação de licença para porte de arma;**
>
> **VII – multa;**
>
> **VIII – interdição judicial;**
>
> **IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão.** [...]
>
> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a uso pessoal e formar sua convicção, no âmbito de sua competência, o juiz, ou a autoridade policial, considerará todas as circunstâncias e, se necessário, determinará a realização de exame de dependência toxicológica e outras perícias.[85] (grifo nosso)

Nessa tônica, Jesus aponta que "Os dispositivos do Capítulo III do Projeto (arts. 14 a 26), que descreviam crimes, foram inteiramente vetados. De maneira que continuam em vigor os arts. 12 e seguintes da Lei n. 6.368/76, que definem os delitos referentes a tóxicos." [86]

Nesse enquadramento de idéias Leal:

> Em face da situação extremamente confusa, causada pela vigência concorrente e simultânea de dois textos conflitantes e assimétricos, não restava outra alternativa ao Congresso Nacional senão a de aprovar uma nova lei que

---

[85] Brasil. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível <http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2008.

[86] JESUS, Damásio E. de. Nova lei antitóxicos (Lei nº 10.409/02): mais confusão legislativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2817>. Acesso em: 23 set. 2008.

www.conteudojuridico.com.br

> viesse a ordenar, de forma completa e unificada, esta matéria penal. [87]

Para acabar definitivamente com as polêmicas geradas por existir dois textos legais (Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02), bem como completar qualquer eventual falha legislativa, e, sobretudo adequar o texto legal à atual realidade ao uso e à disseminação das drogas no país, foi promulgada a Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006, denominada de Nova lei de Drogas.[88]

2.2 – A LEI EM VIGOR: N.º 11.343/06

A nova Lei de Drogas foi publicada no dia 24.08.2006 e entrará em vigor no dia 08.10.2006. Sendo importante salientar que a nova legislação passou a ser a única em vigor, regulamentando toda a matéria referente ao uso e disseminação de drogas, já que em seu art. 75[89], revogou expressamente as duas leis anteriores.[90]

No dize de Gomes, os eixos centrais dessa nova legislação passam, dentre outros, pelos seguintes pontos:

(a) pretensão de se introduzir ao Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, se assistência e de reinserção social ao usuário;

(b) eliminação da pena de prisão ao usuário(ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal);

---

[87] LEAL, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id =8957>. Acesso em: 23 set. 2008

[88] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

[89] 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.

[90] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 02.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

(c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico;

(d) clara distinção entre o traficante "profissional" e o ocasional;

(e) louvável clareza na configuração do rito procedimental e

(f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.[91]

Aqui é primordial a manifestação de Silveira, elucidando que a nova Lei de Drogas criou tipos penais antes inexistentes e ampliou outros que já existiam.[92]

Greco Filho aponta que a nova lei foi dividida da seguinte forma:

> nos Títulos I (Disposições preliminares), instituiu o Sistema Nacional de Políticas Publicas sobre drogas, estabeleceu o conceito e a proibição de drogas no território nacional) e II (Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas(, estabeleceu a finalidade e a organização do SISNAD. O Título II foi dividido em seis capítulos, tendo o Capítulo I tratado dos princípios e objetivos do SISNAD, e o Capítulo IV, da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas. Os Capítulos II e III foram vetados; no Título III (Das atividades de prevenção e uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas), cuidou o legislador dos princípios e diretrizes que devem guiar as atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Referido título foi dividido em três capítulos, sendo o Capítulo III (Dos crimes e das penas) reservado para incriminar tão-somente a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, deixando claro a separação de tratamento entre usuário ou

---

[91] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 07.

[92] SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada.** São Paulo: JLA, 2006. p. 25.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> dependente e o traficante; no Título IV (Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas), cuidou das medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, cujo Capítulo II dispôs sobre os crimes, e o Capítulo III, dividido em seções, sobre o procedimento penal; os Títulos V e VI foram reservados, respectivamente, para tratar da cooperação internacional e das disposições finais e transitórias.[...].[93]

Nessa linha de pensamento Freitas Junior acentua que "*a nova lei, ademais, suprime a expressão 'substância entorpecente', passando a utilizar o termo 'drogas' de forma genérica*."[94]

Na expressão precisa de Gomes:

> Criou-se com a mencionada Lei o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.[95]

Corrobora Freitas Junior:

> A nova lei, sob outro aspecto, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, denominado SISNAD, com principal objetivo de articular, integrar, organizar e coordenar as políticas públicas de prevenção e repressão ao uso e à disseminação de drogas, e de reinserção social de usuários e dependentes. Referido Sistema está subordinado às determinações emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD.[96]

Freitas Junior salienta que:

---

[93] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 07/08.

[94] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 02.

[95] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 07.

[96] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 03.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> Criou-se, também, a SENAD – Secretaria Nacional Antidrogas, órgão executivo do Sistema Nacional Antidrogas, responsável pela efetiva implantação da política nacional antidrogas. [...]. A secretaria Nacional Antidrogas possui, dentro outras, atribuições para planejar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de prevenção e repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes, bem como propor a Política Nacional Antidrogas e acompanhar a execução de tal política.[97]

Nessa tônica Gomes aponta que "a criação de tal Sistema vai ao encontro de uma política criminal de drogas mais consentânea com aquelas modernamente recomendadas." [98]

A seguir, Freitas Junior observa que:

> No tocante aos crimes e penas referentes às drogas, um dos objetivos principais da nova lei, sem dúvida alguma, foi diferenciar, da forma mais abrangente possível, o traficante do mero usuário. Com o distanciamento entre ambos, a Lei n.º 11.343/2006 despenalizou algumas condutas dos meros usuários e dependentes, e agravou a situação penal do traficante e dos agentes responsáveis pela disseminação de drogas, [...].[99]

Em relação ao traficante, Gomes destaque:

> [...], a nova Lei segue a linha punitivista internacional: pena mínima de três anos foi aumentada para cinco; proíbe-se, nesse caso, praticamente tudo: fiança, indulto, *sursis*, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas e direito de apelar em liberdade.[...].[100]

Vejamos o artigo 33 da lei n.º 11.343/06:

---

[97] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p .05.

[98] GOMES, Luiz Flávio…[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19.

[99] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 03.

[100] GOMES, Luiz Flávio…[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.08.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> 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. [...][101]

Todavia Freitas Junior acentua que:

> Alguns autores, [...], entendem que a condenação por tráfico somente será possível caso fique demonstrada a intenção do agente em disseminar a droga encontrada em seu poder: caso contrário, deverá ser condenado por porte ilegal de drogas para uso próprio. [...]. [102]

O usuário de drogas, por seu turno, Freitas Junior Explica que "passou a ser visto como agente que necessita de cuidados,

---

[101] BRASIL. Lei n. 11.343/06. Disponível:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso 02 de out. de 2008

[102] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006 p. 53.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

tratamento e proteção do Estado, buscando sua recuperação e pronta reinserção social."[103]

E também:

> O uso de termo "drogas", no plural, visa abranger os inúmeros produtos e substâncias que podem causar dependência, não tendo qualquer relação com a quantidade de material ilícito, tampouco impondo a necessidade de apreensão de mais de uma espécie de droga. O agente surpreendido transportando uma única porção de droga, dessa forma, responderá pelo delito em comento.[104]

Já no que tange ao âmbito internacional, Gomes ensina que:

> A luta contra o crime organizado está fundamentada na cooperação internacional. A demonstração de tal realidade é a crescente preocupação internacional nesse sentido, onde as nações, cada vez mais, buscam harmonizar e afinar suas legislações internas ao contexto mundial.[105]

Em especial, ao Brasil, Silva & Luchiari anota:

> O Brasil, fiel aos seus princípios e de acordo com as normas de cooperação internacional adotadas por acordos, tratados convenções e outros documentos, sejam de aspiração bilateral ou multilateral, regional ou universal, se dispõe, legalmente, a prestar, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, por reciprocidade, deles solicitará colaboração. Adota 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.

---

[103] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 03/04.

[104] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 30.

[105] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 295/296.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> Ainda observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos em vigor.[106]

Como já se Adiantou Gomes:

> No caso do Brasil, apesar de não termos uma forte tradição de prestígio internacional ao relacionamento de cooperação e harmonização legislativa internacional, essa tendência tem se imposto nos últimos anos, e vem ganhando maior transcendência a cada dia.[107]

Novamente cabe lembrar a palavra de Gomes nos seguintes termos "podemos afirmar que a evolução e desenvolvimento legislativo, tanto no âmbito interno, como no cenário internacional, são fruto de um trabalho sem fim, que tende a alcançar o que hoje se denomina 'padrão internacional de cooperação'." [108]

2.2.1 – Distinções entre usuário e traficante:

Com a finalidade de aplicação penal, importante a discussão sobre o usuário e o traficante, de forma a avaliar quando certa conduta se encaixa em crime de tráfico de drogas.

Gomes explica que existem dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente que esta envolvido com a posse ou porte de droga é usuário ou traficante:

> (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico);

---

[106] SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio**. Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 91.

[107] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 296.

[108] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 296.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> (b) sistema de reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). [109]

A regra adotada pela legislação brasileira é o *sistema do reconhecimento judicial ou policial*, ou seja, cabe ao juiz ou à autoridade policial reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para o tráfico, sendo que a nova Lei fixou diversos critérios para ajudar as autoridades competentes nesta tipificação legal.[110]

É oportuno lembrar Silva:

> A natureza e a quantidade devem ter uma única finalidade, que é a de aferir se é possível o usuário solitariamente consumir, em curto espaço de tempo, toda a droga apreendida. Somente o caso concreto poderá definir esta classificação, não sendo possível atribuir-se parâmetros fixos, seja em relação à quantidade da droga, seja em relação à qualidade.[111]

O mestre Gomes assim leciona:

> É importante saber: se se trata de droga "pesada" (cocaína, heroína, etc.) ou "leve" (maconha, v.g.); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc.[112]

Logo, cumpre ressalvar a essencial importância desta distinção, pois irá repercutir no tratamento judicial de cada um deles, que é uma das grandes finalidades da legislação Antidrogas em vigor.

---

[109] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 131.
[110] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 131.
[111] SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – manual prático:** Direito material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 45.
[112] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 132.

www.conteudojuridico.com.br

CAPÍTULO 3

ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06

Neste capítulo ao abordar a promulgação da Lei de Drogas n.º 11.343/06, verifica-se uma problemática em relação ao usuário de drogas, porquanto diante da ausência de fixação de regime prisional de cumprimento de pena, discute-se a ocorrência ou não da descriminalização, frente ao novo tratamento penal conferido às condutas preconizadas.

www.conteudojuridico.com.br

3.1 ASPECTOS DESTACADOS DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06

Uma das alterações de grande importância que a Lei de Drogas trouxe em sua redação, foi um novo tratamento penal à conduta regulada no artigo 28, caput, qual seja, posse de droga para consumo pessoal, o que ocasionou diversos entendimentos sobre o tema.

Gomes analisa este tópico nos seguintes termos:

> Ao usuário não se comina a pena de prisão. Pretende-se que ele nem sequer passe pela polícia. O infrator da Lei será enviado diretamente aos Juizados Criminais,[...]. Não há que se falar, de outro lado, em inquérito policial, sim em termo circunstanciado. Não é possível a prisão em flagrante (art.48, §2.º): o agente surpreendido é capturado, mas não se lavra o auto de prisão em flagrante (no seu lugar, elabora-se o termo circunstanciado). A competência para aplicação de todas as medidas alternativas é dos Juizados Especiais.[113]

Nucci, ao analisar o tipo do art. 28 da Nova Lei de Drogas:

> Não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo. Além da possibilidade de transação (art. 48, § 5º), não se imporá prisão em flagrante (art. 48, § 2º) e, ao final, poderá ser aplicada simples advertência. Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta Lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade. O máximo que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviço à comunidade e/ou freqüência a curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de

---

[113] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 07.

www.conteudojuridico.com.br

> cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa. [...][114]

A Lei n.º 11.343/2006 trouxe modificações relacionadas à figura do usuário de drogas. Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito; substituiu a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas; não mais existe a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário; passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa; tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.[115]

3.1.1 – Objeto Material:

A nova Lei de Drogas utiliza o termo "drogas" em sentido amplo, abrangendo qualquer produto ou substância capaz de causar dependência, física, ou psíquica, incluindo por óbvio, as substâncias entorpecentes, expressamente mencionadas na legislação revogada.[116]

Como acentua Gomes:

> O objeto material da infração sui generis contida no art. 28 são as drogas. Drogas, consoante o disposto no art. 66 da nova Lei, são "substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursores e outras sob controle especial, da Portaria

---

[114] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 755.
[115] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** legislação penal especial, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.
[116] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 29.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998" (cf. infra comentários ao art. 66).[117]

Para melhor análise, transcrevemos o parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 11.343/2006:

> 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.[118]

Se a droga (objeto material do delito) não for apreendida, é impossível a constatação de sua idoneidade tóxica. Logo, não comprovando a materialidade da infração, conduz à absolvição do agente.

3.1.2 - Do sujeito ativo e sujeito passivo:

Para Freitas Júnior, o sujeito ativo é aquele que realiza qualquer das condutas típicas, podendo ser qualquer pessoa, vez que se trata de um crime comum, ao passo que o sujeito passivo, é a coletividade, ou em termos específicos, a saúde pública.[119]

Oportunas são as palavras de Greco Filho, em relação ao sujeito ativo:

> É qualquer pessoa, imputável, que pratique uma das condutas previstas no tipo. Não se trata de crime próprio, cuja ação é privativa de pessoas com qualificação especial, mas de crime que qualquer pessoa pode praticar. A jurisprudência anterior ao Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, e também a doutrina (Magalhães Noronha, Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso)

---

[117] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

[118] BRASIL. Lei nº 11.343/2006. Disponível<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato 200 42006/ 2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em 14 de out. de 2008.

[119] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 41.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> excluíam da possibilidade de incriminação o viciado ou a pessoa que adquirisse ou trouxesse consigo o entorpecente para uso próprio, nem mesmo como co-autor.

Já quanto ao sujeito passivo, o mesmo autor acentua:

> É a coletividade que se vê exposta a perigo pela prática de uma das condutas típicas. Não se exclui, todavia, a possibilidade de, em algum caso concreto, determinar-se a figura de um prejudicado, como, por exemplo, na hipótese de alguém ministrar entorpecente a um menor inimputável.[...].[120]

No arremate desse tópico, novamente chamamos a atenção para o que nos ensina Gomes:

> 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 podem ser impostas 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 [...].[121]

A recente lei, como a anterior, continua a não incriminar o viciado como tal, mas considera criminosa a conduta daquele que traz consigo a droga para uso próprio (art. 28).[122]

3.1.3 - Das Condutas Típicas:

O art. 28, da Lei n. 11.343/06, estipula as condutas típicas relativas aos meros usuários ou dependentes de drogas, possuindo

---

[120] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83/84.

[121] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 149/150.

[122] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

regras penais e procedimentais próprias, diversas daquelas previstas aos traficantes e responsáveis pela disseminação de drogas. De acordo com o referido texto legal,

> **"quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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."**[123]

Gomes Lembra que antes eram três as condutas incriminadas: adquirir, guardar ou trazer consigo (artigo 16 da Lei 6.368/76). Agora são cinco as condutas sancionadas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.[124]

O Mestre Capez, a esse respeito, distingue resumidamente as condutas típicas no artigo 28 do seguinte modo:

> (a) Adquirir: é obter mediante troca, compra ou a título gratuito: (b) Guardar: é a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em manter a droga para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém; (c) Ter em depósito: é reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo. Essa conduta típica foi introduzida pela nova Lei; (d) Transportar: pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se a droga for levada junto ao agente, a conduta será a de "trazer consigo". Trata-se de delito instantâneo, que se consuma no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer. Essa figura típica também foi introduzida pela nova Lei; (e) Trazer consigo: é levar a droga junto a si, sem auxílio de algum meio de

---

[123] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 29. (grifo do autor)

[124] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 148.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

locomoção. É o caso do agente que traz a droga em bolsa, pacote, nos bolsos, em mala ou no próprio corpo.[125]

Nessa linha de pensamento, Gomes distingue as condutas:

Adquirir significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. Não importa a forma da aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, pagamento em dinheiro, em cheque etc.

Guardar exprime a conduta de ocultar, ter a droga escondida, não revelar sua posse publicamente. A clandestinidade é a característica marcante do verbo "guardar".

Ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público. Não importa o local do depósito.

Transportar expressa a idéia de deslocamento, de um local para outro. O transporte é para uso pessoal, do contrário incide o art. 33 da Nova Lei de drogas. Não importa o animus do agente, ou seja, faz-se o transporte para depois ter consigo ou se o faz para terceiros.

Trazer consigo é a mesma coisa que portar a droga. Fundamental sempre é a disponibilidade de acesso, de uso. Não importa o local em que o agente traz consigo (no bolso, na carteira, na mala, na mochila, no porta-luvas do carro etc.)[126]

Um entendimento mais detalhado é o de Freitas Junior:

a) Adquirir – A primeira conduta típica é adquirir droga ilícita. Adquirir significa obter, conseguir, alcançar. Pouco importa como a droga foi para em poder do agente, podendo ser de forma gratuita ou onerosa, por compra, por permuta, doação ou fato ilícito. A conduta será típica na modalidade aquisição, sempre que o agente for surpreendido com a droga, na qualidade de proprietário da mesma.

---

[125] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** legislação penal especial, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 682.

[126] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 148.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

b) Guardar – Para fins do referido tipo penal, o termo guarda tem o significado de posse da droga, ou seja, sua manutenção sob os cuidados do agente, para posterior uso, sendo desnecessária a posse direta da substância. A guarda induz a idéia de manutenção oculta da droga, pouco importando se a substância é de propriedade do agente ou se pertence a terceiros. Alguns autores, contudo, entendem que a expressão guardar indica a vigilância da droga em nome de terceiro, proprietário da substância Para tal corrente, dessa forma, quem guarda substância entorpecente, sempre o faz em nome de outrem. Neste caso, ainda que o agente não seja o proprietário da droga, se a estiver mantendo em depósito para seu posterior consumo pessoal, responderá pelo crime em tela. Desnecessário, ainda, que a droga esteja estocada em local próximo ao agente.

c) Ter em depósito – A conduta se assemelha à guarda, mas sugere uma detenção provisória, de fácil alcance, que pode determinar o célebre envio da droga para outro local. Tanto a guarda, como a manutenção em depósito, exprimem a mesma idéia, ou seja, a retenção da droga, pouco importando se o acusado é ou não o proprietário da mesma, desde que pretenda usá-la. Caso o agente esteja guardando a droga para que terceiro a use, responderá pelo delito previsto no art. 33 Lei n.º 11.343/06

d) Transportar – Constitui a condução pessoal da droga, de um local a outro, sem a possibilidade de uso imediato, como, por exemplo, envolta em embalagem lacrada, ou no interior de objetos trancados. Diferencia-se da conduta de trazer consigo, pois esta exprime a idéia da possibilidade de pronto uso da droga pelo agente. [...]

e) Trazer consigo – É o transporte da droga em poder do agente, possibilitando o seu pronto uso, como por exemplo, em suas vestes, no interior da bolsa, no porta luvas, sob o banco do veículo, ou em qualquer outro local de fácil acesso, Neste caso, a substância ilícita fica conservada junto ao agente, ou materialmente a ele ligado, não sendo necessário que esteja na mão ou

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> nas vestes do agente, bastando estar ao seu alcance.[127]

Contudo é necessário que o agente pratique tais condutas com a finalidade de uso pessoal da droga. Para determinar se a droga se destina ao consumo pessoal, o juiz entenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

3.2 – DESCRIMINALIZAÇÃO:

A descriminalização em sentido estrito apóia-se no procedimento de retrair o caráter delituoso do episódio ou ainda de eliminar seu caráter ilícito ou de ilícito penal, da mesma forma que retira de algumas condutas o caráter criminal, assim o fato descrito na lei penal deixa de ser crime.

Segundo Santoro Filho, que defende a descriminalização dos crimes de pouca relevância,

> [...] pensamos que a descriminalização, além de tornar o direito penal mais efetivo, pois será reservado às ilicitudes realmente graves, possibilitará uma melhor atuação dos órgãos incumbidos da persecução e execução penal.[...][128]

Cervini ao falar sobre descriminalização leciona que 'é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas'.[129]

---

[127] FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 31/32.
[128] SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal:** conceitos e fins do direito penal; escolas penais; princípios fundamentais; política criminal e modernas tendências. São Paulo: LED. 2000. p. 151.
[129] CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** São Paulo: RT 2002. p. 81.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Ainda, sobre o conceito de descriminalização, Queiroz afirma:

> Descriminalizar, como indica o étimo da palavra, significa retirar de certas condutas o caráter de criminosas. Não o caráter de ilicitude. Exclui-se tão somente a competência da Justiça Penal para decidir sobre tais comportamentos, que, por razões de política criminal, passam a ser penalmente indiferentes.[130]

Gomes salienta em sua obra que "descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime."[131]

Delmas-Marty explica que o termo estudado é:

> Empregado em sua significação mais completa, implicando ou não apenas o recuo do sistema penal, mas ainda a ausência de qualquer resposta de substituição: ou melhor, a passagem de um modelo qualquer de política criminal ao ponto 0. Ainda aqui, o movimento pode envolver uma escolha oficial (descriminalização de jure) ou uma simples prática (de facto), sendo que a última pode preparar a primeira. A descriminalização de jure [...] tem por objetivo o pleno reconhecimento jurídico e social do comportamento descriminalizado e implica o reconhecimento de um direito legítimo a um modo de vida que era anteriormente contrário à lei [...]. Se o corpo social estiver pronto para admitir a mudança, sobretudo se esta só for imposta após um período de descriminalização de facto (renúncia aos processos penais, abrogação de fato da lei penal) [...].[132]

Nessa tônica Gomes aponta que 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 *sui generis*; é a descriminalização formal);

---

[130] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal:** lineamentos para um direito penal minimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 143.

[131] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

[132] DELMAS-MARTY, Mireilles. **Os grandes sistemas de política criminal.** Tradução Denise Radanovic Vieira. Baueri, SP: Manole, 2004. p. 395.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização "penal") [...]
>
> (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização sbstancial).[133]

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 a 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 preciso verificar se o fato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se – embora não configurando um "crime" – continua sendo contrário ao direito. O fato descriminalizado formalmente só perde ("formalmente") a característica de "crime", mas é punido com outras sanções; o fato descriminalizado penalmente é eliminado do âmbito do direito penal, mas continua sendo punido como ilícito civil ou administrativo etc.; o fato descriminalizado substancialmente é retirado do âmbito do direito penal totalmente e deixa de constituir um ilícito (é legalizado). Ou seja, não é punido com nenhuma sanção (o adultério, por exemplo, foi descriminalizado totalmente).[134]

Gomes, defensor da corrente de descriminalização, afirma que:

> De acordo com a nossa opinião, a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente 'crime', mas não perdeu o seu conteúdo de infração (de ilícito). A

---

[133] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

[134] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120/121.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> conduta descrita no art. 28 da nova lei continua sendo ilícita (mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar). Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga.[135]

Segundo a corrente 'descriminalizadora', a nova redação do artigo 28 da lei de tóxico tem como propósito buscar uma solução para a criminalidade que está diretamente correlacionado ao uso e ao tráfico de drogas, evitando-se a pena de prisão.

Partindo dessa ideia, Gomes aduz que:

> Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).

Nesse enquadramento de idéias, Arruda e Souza lecionam:

> Em primeiro, podemos logo perceber que o uso das drogas ilícitas foi descriminalizado, pois ainda se pune a conduta, mas de maneira mitigada, visto não mais haver a imposição de pena privativa de liberdade, encontrando-se no lugar a advertência sobre os efeitos negativos do seu uso, a prestação de serviço à comunidade e medida educativa.[136]

---

[135] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

[136] ARRUDA, Cristiane de Souza Reis; SOUZA, Carlos Arruda. **Novidades trazidas pela Lei 11.343 de 2006:** a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. Âmbito Jurídico, Rio de Grande, n. 41, maio 2007. Disponível:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846 >. Acesso em 22 de outubro de 2008.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

No mesmo sentido que Gomes aponta três espécies de descriminalização, Cervini diz que a descriminalização também pode apresentar-se sob três diferentes formas:

> a) a descriminalização formal, *de jure* ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição). b) descriminalização substantiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar. c) (...) existe descriminalização de fato, [...] quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.[137]

Seguindo raciocínio de Cervini, Hulsman entende por descriminalização:

> [...] o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocada fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz).[138]

Em síntese, o tema descriminalização proporciona a retirada do campo penal, de condutas sociais legalmente tipificadas como crimes, as quais são, em conseqüência, cominadas às penas.

---

[137] CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização.** 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82/83.

[138] HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização.** Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 9-10, p. 07-26, jan./jul. 1973. p. 09.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Atenta-se para lição de Gomes, pioneiro da teoria acerca da descriminalização do artigo 28 da Lei 11.343/06:

> [...] diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração sui generis. Não se trata de "crime" nem de "contravenção penal" porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, sui generis. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada).[139]

Em outras palavras Gomes[140] sustenta que a nova Lei de Drogas, no artigo 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de "crime" porque de modo algum permite a pena de prisão. Ele é autor de um ato ilícito, ou seja, a posse da droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de "criminoso".

3.3 – DESPENALIZAÇÃO:

Seguindo outra direção, e contrariando os doutrinadores que defendem a descriminalização, existe a corrente que acredita que o artigo 28 da Lei de Drogas permanece sendo crime, ocorrendo somente a despenalização do delito.

---

[139] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 122.
[140] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 122.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Cervini ensina que a despenalização significa, "ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal."[141]

Nesse sentido, Sica assinalou que despenalização trata-se de

> [...] um processo de redução intermediário do sistema penal, por meio da diminuição da possibilidade de aplicação da pena a certas condutas que persistem tipificadas como crime, mas considerados de menor gravidade. Atualmente traduz-se, sobretudo, na substituição da pena detentiva por outras sanções mais leves.[142]

Na expressão precisa de Gomes, entende-se por despenalização:

> [...] suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei 9.099/1995), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão). [...][143]

Na mesma linha interpretativa, Almeida explica que "são medidas de despenalização todas aquelas que visem a dificultar ou

---

[141] CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização.** 2. ed Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.
[142] SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129/130.
[143] GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 121.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

evitar a imposição ou a execução da pena privativa de liberdade, ou, até mesmo, abreviá-la, no ultimo caso."[144]

Almeida ao falar sobre despenalização vai além:

> Quanto a este aspecto, nosso sistema penal está cada vez mais em sintonia com os postulados do direito penal mínimo, pois, desde a reforma penal de 1984 (Leis n°s 7.209 e 7.210), além do sursis (suspensão condicional da pena), e do livramento condicional, passou a adotar um arsenal de medidas despenalizadoras, como, por exemplo, as penas substitutivas (restritivas de direitos), os regimes aberto e semiaberto, a remição de parte da pena pelo trabalho, e, mais recentemente, como advento da Lei n 9.099/95 (Juizados Especiais), vieram a transação penal e a suspensão condicional do processo, — culminando com o advento da lei n° 9.714, de 25.11.98, que ampliou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa conforme a nova redação do art. 44, do Código Penal.[145]

Destarte, o sistema despenalizador, com a intenção de aplicar um direito penal mínimo, despenalizando as ações de pouca ou de nenhuma lesividade, a Lei de Drogas, apresentou uma mudança expressiva, quanto ao delito previsto no artigo 28 da referida lei, tirando a pena de prisão.

Brega Filho e Saliba, invocando a conceituação trazida por Dotti, apontam que:

> [...] a despenalização constitui manifestação de política criminal "que o legislador atende em função de interesses ocasionais ou permanentes" e conceitua-a como "todos os casos em que a pena criminal é substituída por sanção de outro ramo jurídico, mantendo-se o caráter ilícito da conduta". O caráter ilícito da conduta descrita no artigo 28

---

[144] ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 80.
[145] ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 81.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal.[146]

O artigo 28 da Lei 11.343/06, no seu inciso II, tem como medida repressiva, a prestação de serviços à comunidade, sendo esta considerada uma pena restritiva de direitos e, deste modo, referido artigo apresenta, sim, uma sanção penal.

Nesse sentido se manifesta Volpe Filho:

> [...] não reconhecemos a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que pode a lei cominar pena de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem que isso retire a natureza penal da infração.[147]

Oportunas, por isso mesmo, as observações de Greco:

> Embora o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal nos forneça um critério para a distinção entre crime e contravenção penal, essa regra foi quebrada pela nova Lei nº 11.343 de 2006, haja vista que, ao cominar, no preceito secundário do seu art. 28, as penas relativas ao delito de consumo de drogas, não faz previsão de qualquer pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), tampouco da pena pecuniária (multa). Assim, analisando o mencionado art. 28, como podemos saber se estamos diante de um crime ou contravenção penal? A saída será levar a efeito uma interpretação sistêmica do artigo, que está inserido no Capítulo III, que diz respeito aos crimes e às penas. Assim, de acordo com a redação constante do aludido capítulo, devemos concluir que o consumo de drogas faz parte do rol dos

---

146 DOTTI, apud. BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas:** descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. São Paulo, 2007. Disponível em < http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3450>. Acesso em 25 de outubro de 2008.

147 VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº11.343/2006) Parte I. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>. Acesso em 25 de out. de 2008.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

crimes, não se tratando, pois, de contravenção penal.[148]

Assim, verificamos que para esta corrente o tipo descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado crime, porquanto assim entendeu o legislador quando o inseriu no Capítulo III que se refere aos crimes e às penas.

3.4 – A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E A VISÃO DOS TRIBUNAIS:

Seguindo outra corrente doutrinária, alguns autores defendem que a nova lei não descriminalizou, nem despenalizou o porte de drogas para consumo próprio (conduta prevista no art. 28).

Numa análise sistemática do dispositivo, Luchiari e Silva assim asseveram:

> Entendemos que este artigo não descriminou, nem despenalizou, o porte ilegal de drogas. Em primeiro lugar, não poderíamos falar em descriminação, uma vez que a conduta está inserta no capítulo III, que trata dos crimes e das penas. Em segundo lugar, despenalizar nada mais e 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 mellius*, ou seja, a nova lei é mais branda que a anterior. Como a nova lei é mais favorável ao agente, terá efeito retroativo. Assim, durante o período de *vacatio legis*, [...], continuará tendo aplicação aos casos de porte de drogas o art. 16, da Lei n. 6.368/76. A partir do dia 8 de outubro de 2006, a nova lei retroagirá em benefício dos agentes que foram enquadrados na Lei revogada (no caso, o art. 16, da Lei n. 6.368/76). Este é um princípio de direito penal intertemporal.[149]

Não é divergente é o entendimento de Grecco Filho e Rassi:

---

[148] GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus.2007.p. 137

[149] LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.11.343/06. Campinas: Millennium, 2006. p. 43.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> A conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal. É indispensável uma observação preliminar e de suma importância. A lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. [...] A denominação do Capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar. A observação é feita somente porque houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data vênia, não tem consciência jurídica.[150]

No Recurso de Agravo de Execução n. 2007.040135-1, direcionado ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tratando da regressão de regime do Apenado, que foi encontrado com pequena quantidade de 'maconha' para consumo próprio (delito do artigo 28 da Lei 11.343/06), o advogado de defesa argüiu que a referida conduta, com a nova Lei de drogas, nº. 11.343/2006, foi descriminalizada, desta maneira, não poderia o regime dê prisão do apenado, ser regredido por conduta que não é mais crime.

Sobre este Recurso, decidiu o Tribunal de Justiça:

> [...] RECURSO DE AGRAVO. ALMEJADA REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DE REGIME. REEDUCANDO QUE PRATICOU FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/06. POSSE DE

---

[150] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

www.conteudojuridico.com.br

> ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO É CRIME O FATO DEFINIDO COMO TAL PELA NORMA APONTADA. RECURSO DESPROVIDO. A prática de conduta definida como crime doloso autoriza a regressão de regime, em conformidade com o preceito inscrito no art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal. A Lei n. 11.343/06 não descriminalizou a posse de droga ilegal de drogas para consumo pessoal. Conferiu-lhe apenas tratamento diverso do que lhe dava o diploma anterior, cominando sanções mais brandas do que as privativas de liberdade. [...][151]

No julgamento do RE 430105/QO/RJ, no dia 13 de fevereiro de 2007, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a discussão doutrinária:

> **"A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para**

---

[151] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2007.040135-1. Relator: Des. Sérgio Paladino. Florianópolis, SC, 30 de novembro de 2007. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>. Acesso 29 de out. de 2008

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

> **determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário"** (STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).[152]

Trata-se de importante julgamento, na medida em que afasta o entendimento de que a conduta de portar drogas para consumo próprio não seria mais considerada infração penal (crime ou contravenção penal), rejeitando as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis*, assegurando a natureza de crime da conduta praticada pelo usuário de drogas.

O entendimento predominante da suprema corte continua a considerar a conduta como sendo de caráter criminoso que deverá imperar na jurisprudência. No referido julgamento a turma, afasta a incidência de *abolitio criminis* em relação ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006, como também de que a conduta passava a ser uma infração *sui generis*, entendeu que o art. 28 tem natureza de crime, cujo conceito legal não pode mais ficar conectado ao art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, sendo possível que a lei ordinária venha a colocar outros requisitos distintos dos previstos no referido decreto para

---

[152] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 430105. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira turma. Data de julgamento: 13/02/2007.Disponível:<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LTX-1976(@JULG%20=%2020070213)&base=baseAcordaos>.Acesso em: 25 de out. de 2008.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

que a conduta venha a ser considerada crime, havendo, portanto, apenas uma despenalização.

Certo é que por se tratar de uma lei nova muito ainda se haverá de discutir sobre a problemática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta monografia verificou-se que as drogas existem desde os primórdios da humanidade, acompanhando o homem em toda sua evolução histórica, neste caminho surgiram às drogas sintéticas, aquelas produzidas em laboratório, exigindo a busca de soluções e preocupações para impedir o contínuo aumento do seu uso.

Com a evolução da Lei de Drogas, ficou demonstrado que o legislador buscou um novo e diferenciado tratamento penal aos usuários e dependentes de drogas, momento em que a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, revogou expressamente as duas outras leis que tratavam do mesmo assunto, trouxe várias inovações, principalmente ao delito de posse de droga para consumo pessoal.

Outra mudança a ser citada é a utilização, pela nova Lei, do termo drogas para referir-se às substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, conforme eram denominadas pelas Leis anteriores. Também houve a inclusão dos verbos

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

tiver em depósito e *transportar*, além daqueles já existentes, no tipo penal do delito de porte de drogas para consumo pessoal.

As penas cominadas à prática dos delitos relativos ao consumo indevido de drogas tiveram um significativo abrandamento, sendo proibido, em qualquer hipótese, o encarceramento desse infrator. As novas penas aplicadas ao infrator dos crimes em questão são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Apesar de demonstraram ser, à primeira vista, de restringida eficácia, essas penas, se forem corretamente aplicadas no intuito de auxiliar o usuário e o dependente de drogas, serão de grande valia e muito mais eficazes do que o encarceramento desses indivíduos.

Diante desse último aspecto é que há discussão se houve a descriminalização ou despenalização da conduta prevista no artigo 28 da lei n.º 11.343/06.

Ao mesmo tempo em que as correntes descriminalizadoras fundamentam seus argumentos no artigo 1ª da Lei de Introdução ao Código Penal, no qual conceitua crime somente a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, que isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, as correntes despenalizadoras fundamentam seus argumentos no artigo 5ª da Constituição Federal, inciso XLVI, no qual traz um rol exemplificativo e não taxativo das penas existentes em nosso ordenamento, pois conforme o inciso citado à lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as penas de: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

www.conteudojuridico.com.br

Sobre as teorias acima expostas, o Supremo Tribunal federal, bem como, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, já se posicionaram no sentido de que houve uma despenalização do delito de posse de droga para consumo pessoal, haja vista não haver mais a previsão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

www.conteudojuridico.com.br

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O princípio da insignificância e os crimes contra o sistema financeiro nacional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 255, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5000>. Acesso em: 25 setembro 2008.

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ANGHER, Anne Joyce...[et al.]. **Dicionário Jurídico**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002.

ARRUDA, Cristiane de Souza Reis; SOUZA, Carlos Arruda. **Novidades trazidas pela Lei 11.343 de 2006:** a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. Âmbito Jurídico, Rio de Grande, n. 41, maio 2007. Disponível:<http://www. ambitojuridico.com.br site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846 >. Acesso em 22 de outubro de 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

www.conteudojuridico.com.br

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2008.

BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 430105. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira turma. Data de julgamento: 13/02/2007. Disponível:<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LTX-1976(@JULG%20=%20 20070213)&base=baseAcordaos>.Acesso em: 25 de outubro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2007.040135-1. Relator: Des. Sérgio Paladino. Florianópolis, SC, 30 de novembro de 2007. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** 2. ed. São Paulo: RT. 2002.

www.conteudojuridico.com.br

DELMAS-MARTY, Mireilles. **Os grandes sistemas de política criminal.** Tradução Denise Radanovic Vieira. Baueri, SP: Manole, 2004.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado.** 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, apud. BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas:** descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. São Paulo, 2007. Disponível em:http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3450>. Acesso em 25 de outubro de 2008.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas –** lei. 11.343/2006: comentada. Campinas: Russel, 2006.

GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada:** crimes e regime processual penal. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, comentários à Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

www.conteudojuridico.com.br

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008.

HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização.** Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 9-10, p. 07-26, jan./jul. 1973.

JESUS, Damásio E. de. Nova **lei antitóxicos (Lei nº 10.409/02):** mais confusão legislativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2817>. Acesso em: 23 set. 2008.

LEAL, João José. **Política criminal e a lei Nº 11.343/2006:** Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>. Acesso em: 23 set. 2008

MAGALHÃES, Joseli de Lima. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=948>. acesso em: 25 setembro 2008.

MALUF, Daniela Pinotti...[et al.]. **Drogas: prevenção e tratamento, o que você queria saber e não tinha a quem perguntar.** São Paulo: CL A Cultural, 2002.

MARCÃO, Renato. Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

www.conteudojuridico.com.br

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à Lei Antidrogas:** Lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

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

PASOLD, César Luiz. Prática da pesquisa jurídica-idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 5ª.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal:** lineamentos para um direito penal minimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal:** conceitos e fins do direito penal; escolas penais; princípios fundamentais; política criminal e modernas tendências. São Paulo: LED. 2000.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – manual prático:** Direito material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007.

SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada.** São Paulo: JLA, 2006.

www.conteudojuridico.com.br

VERGARA, Rodrigo. **Coleção para saber mais: Drogas:** Volume 5. São Paulo: Abril, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001