

# A ADMOESTAÇÃO AO USUÁRIO DE DROGAS E A DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE USO, ANTE A NOVA LEI ANTI-DROGAS

Ravênia Márcia de Oliveira Leite\*

**Resumo:** *O presente artigo científico visa analisar a questão da descriminalização da conduta do uso de substância entorpecente, à luz da Lei n.º 11.343/06, a qual alterou a pena aplicada à espécie, à advertência pelo juiz ao usuário sobre os riscos de utilização das substâncias proscritas. Assim, nota-se que o aspecto educativo da nova lei gerou uma celeuma no mundo jurídico, sendo que, para parte da doutrina o novo tipo penal teria descriminalizado a conduta e para outra parte da mesma apenas alterou o tipo de pena aplicável, não descriminalizando a conduta. Portanto, no presente artigo analisará os aspectos jurídicos da questão, visando concluir se houve ou não a descriminalização da conduta do uso de substância entorpecente*

**Palavras-Chave:** *Uso de Substância Entorpecente. Lei n.º 11.343/06. Descriminalização. Gama Filho.*

**Abstract:** *The present scientific article aims at to analyze the question of the decriminalization of the behavior of the narcotic substance use, to the light of the Law n.º 11,343/06, which modified the penalty applied to the species, to the warning for the judge to the user on the risks of use of prohibit substances. Thus, one notices that the educative aspect of the new law generated one stir in the legal world, being that, for part of the doctrine the new criminal type would have decriminalized the behavior and for another part of the same one it only modified the type of applicable penalty, not decriminalizing the behavior. Therefore, in the present article it will analyze the legal aspects of the question, aiming at to conclude if it had or not it decriminalization of the behavior of the narcotic substance use*

**Keywords:** *Narcotic Substance use. Law n. 11,343/06. Decriminalization. Gama Son .*

## Introdução

A questão da admoestação e a descriminalização da conduta do uso, ante a nova lei antidroga, desde a edição da Lei n.º 11.343/06 gerou um profundo debate doutrinário a cerca

---

\* Bacharela em Direito e Administração pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduada em Direito Público – Universidade Potiguar. Pós-graduada em Direito Penal – Universidade Gama Filha. Delegada de Polícia Civil - PCMG

da natureza jurídica do novo tipo penal, tendo-se em vista que, até àquele momento, no Brasil, não se conhecia um preceito jurídico secundário que atribuisse como pena a admoestação verbal do criminoso pelo juiz.

Assim, o presente artigo científico pretende analisar as diversas e balizadas posições doutrinárias, buscando-se concluir se houve ou não a descriminalização da conduta de uso de substâncias proscritas pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, analisar-se-á, a toxicomania e suas consequências psicológicas e físicas, isso porque, tal aspecto foi muito importante para o legislador alterar o preceito penal primário e secundário do art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

Por conseguinte, demonstrar-se-á, os conceitos doutrinários e legais do que seja uso de substâncias entorpecentes e as mais modernas decisões jurisprudências dos Tribunais Superiores na espécie.

Ainda, caberá uma discussão sobre os tipos penais existentes no Brasil a fim de concluir-se se a admoestação poderia ser considerada uma delas, um novo tipo de pena introduzido no sistema jurídico brasileiro ou mesmo a descriminalização da conduta.

Pelo exposto, visa concluir, por meio de análise legal, doutrinária e jurisprudencial a atual situação do usuário de substâncias entorpecentes no Brasil, frente à nova lei penal.

## **1. Conceito de drogas**

Droga é toda e qualquer substância, mesmo natural ou sintética que, introduzida no organismo modifica suas funções. As drogas naturais são obtidas através de determinadas plantas, de animais e de alguns minerais., por exemplo a cafeína (do café), a nicotina (presente no tabaco), o ópio (na papoula) e o THC tetrahydrocannabinol (da cannabis). As drogas sintéticas são fabricadas em laboratório, exigindo para isso técnicas especiais. O termo droga, presta-se a várias interpretações, mas ao senso comum é uma substância proibida, de uso ilegal e nocivo ao indivíduo, modificando-lhe as funções, as sensações, o humor e o comportamento.

As drogas estão classificadas em três categorias: as estimulantes, os depressores e os perturbadores das atividades mentais. O termo droga envolve os analgésicos, estimulantes, alucinógenos, tranquilizantes e barbitúricos, além do álcool e substâncias voláteis. As psicotrópicas, são as drogas que tem tropismo e afetam o Sistema Nervoso Central, modificando as atividades psíquicas e o comportamento. Essas drogas podem ser absorvidas

de várias formas: por injeção, por inalação, via oral, injeção intravenosa ou aplicadas via rectal (supositório).

A Lei nº. 11.343/2006 ao definir o que seja droga, no seu artigo 1º, parágrafo único, traz um conceito genérico, qual seja: “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

A nova norma, manteve a característica de norma penal em branco, nos moldes da legislação anterior. Dessa forma, não definem o que deve ser considerada “droga”, limitando-se a preceituar o que serão consideradas como tal. A definição de drogas permanece sob o crivo do Ministério da Saúde, que por meio de portarias expedidas por seus órgãos competentes, publica periodicamente várias listas, especificando as substâncias que devem ser consideradas drogas ilícitas. Atualmente, permanecem em vigor as listas constantes na Portaria SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998, conforme expressa disposição do art. 66 da lei.

A nova legislação passa a usar uma terminologia diversa da que era usada pelas suas antecessoras, as Leis 6.368/76 e 10.409/2002; substituindo a antiga terminologia, “entorpecente”, pela atual nomenclatura “droga”.

Há muita discussão acerca das definições e diferenças do que vêm a ser drogas, entorpecentes, substâncias psicotrópicas e tóxicos. A Organização Mundial de Saúde (OMS) faz constantemente publicações visando unificar os conceitos e terminologias que envolvem o tema.

O termo “entorpecente” refere-se, em farmacologia, trata dos psicotrópicos, principalmente dos opiáceos, ao contrário, a denominação “droga” é considerada mais abrangente por referir-se a toda e qualquer substância que produz alterações nos sentidos.

### **3. Aspectos gerais das toxicomanias**

Sistematicamente, a fim de compreender a finalidade da nova legislação pátria, ao modificar a penalidade aplicada ao usuário de substâncias entorpecentes, faz se necessário compreender as toxicomanias: sua natureza e origens.

O termo “toxicomania”, vem do grego, *toxikon*, que significa veneno e ainda, mania ou loucura; faz referência ao consumo excessivo e repetido de determinado objeto, quer sejam

substâncias psicoativas (como analgésicos e psicotrópicos) ou não. É um termo que detem certa similitude com dependência química, farmacodependência, adicção, embora detenha algumas diferenças importantes a se ressaltar: é um termo utilizado mais pela psiquiatria, psicologia e psicanálise européia (especialmente na França) que em países de língua inglesa (tal diferença não é apenas terminológica, mas conceitual, como veremos); o foco não está apenas no objeto de consumo (esta é uma das principais diferenças conceituais entre toxicomania e dependência química), em suas características reais, mas principalmente na relação que cada sujeito estabelece com este objeto e que função este tem para aquele.

Por outro lado, segundo André Malbergier, “a dependência química é uma síndrome caracterizada pela perda do controle do uso de determinada substância psicoativa. Os agentes psicoativos atuam sobre o sistema nervoso central, provocando sintomas psíquicos e estimulando o consumo repetido dessa substância”. Alguns exemplos são o álcool, as drogas ilícitas e a nicotina. Considerada uma doença, a dependência química apresenta os seguintes sintomas:

- a) Tolerância: necessidade de aumento da dose para se obter o mesmo efeito;
- b) Crises de abstinência: ansiedade, irritabilidade, insônia ou tremor quando a dosagem é reduzida ou o consumo é suspenso;
- c) Ingestão em maiores quantidades ou por maior período do que o desejado pelo indivíduo;
- d) Desejo persistente ou tentativas fracassadas de diminuir ou controlar o uso da substância;
- e) Perda de boa parte do tempo com atividades para obtenção e consumo da substância ou recuperação de seus efeitos;
- f) Negligência com relação a atividades sociais, ocupacionais e recreativas em benefício da droga;
- g) Persistência na utilização da substância, apesar de problemas físicos e/ou psíquicos decorrentes do uso.

Assim, verifica-se que o termo “toxicomania” é mais abrangente que o termo “dependência química”, o qual conforme observa-se é uma manifestação do primeiro. Segundo Rodrigo Silveira da Rosa, “toxicomania tem como característica a vontade ou necessidade do uso ou a procura por todos os meios da droga. Assim, uma tendência ao aumento da dose, concomitante dependência de seus efeitos.”

O referido autor, citando Carmen Silvia Có Freitas, faz uma revisão histórica:

Até a 2ª. Guerra o dependente a drogas e efeito psicotrópico era visto como um viciado, caracterizado por uma conduta compulsiva, uma maneira incontrolada de ser, era um proscrito social.

No pós-guerra (pobreza, condições sociais) o dependente recebia um enfoque de delinqüente, o que violava as leis (toxicômano e adicto – termos com significação marginalizante). Este enfoque foi até mais ou menos 1955-1960.

A partir daí, a OMS começou a focar o dependente com um enfermo e a dependência a drogas com uma patologia.

Atualmente não se faz muita diferença entre os termos “drogadição”, farmacodependência e toxicomania que é definida como um estado de intoxicação periódica ou crônica, nocivo para o indivíduo e para a sociedade, produzida pelo uso repetido de uma droga.

Vicente Greco Filho, aludido por Rodrigo Silveira da Rosa, ensinava que a toxicomania deveria atingir certo grau de periculosidade individual e social, conforme os seguintes fatores:

- a) elevado teor de influência sobre o sistema nervoso central, de modo que pequenas doses da droga bastem para produzir profunda modificação no seu equilíbrio e levem a instaurar-se rapidamente a dependência de fundo orgânico ou simplesmente psicológico;
- b) importância das perturbações físicas ou psíquicas que se originam do seu reiterado consumo, assim lesando gravemente as pessoas que a utilizam e, por via de conseqüência, produzindo dano social.

Acerca do tema, Ruth Maria Chittó Gauer faz as seguintes constatações:

O toxicômano é visto como um dos fatores de anormalidade, de perda de humanidade, eles, portanto, são antissociais que anulam a sociedade, são remetidos a categoria de perigoso, de sujo, de doente, etc. [...] O que se constata é que os grupos que se utilizam do uso de drogas constroem uma identidade contrastiva que se dá através de um processo de apoio do subgrupo “desviante”. Porém não se pode partir do pressuposto que um elevado índice de toxicomania produzem por si só a “anomalia” social. Podemos concluir que há sociedades com toxicomania alta e com baixo índice de anomia, que há sociedades com toxicomania alta e com alto índice de anomia, que há sociedades com baixo índice de toxicomania e baixa anomia, e, que há sociedades com baixo índice de toxicomania e alto índice de anomia.

Segundo Edevaldo Alves da Silva, a toxicomania possui características próprias, a saber:

- a) o indivíduo toxicômano, sente pela droga um irresistível desejo causado pela falta do tóxico, que o obriga a continuar a usar essas substâncias e procurá-las por todos os meios;
- b) o indivíduo sente uma tendência contínua a aumentar a dose das drogas, a cada período de ingestão;
- c) o indivíduo passa a sofrer uma dependência psíquica (psicológica) e às vezes até propriamente física, acerca dos efeitos que a droga produz em seu organismo, já então viciado ao uso.

Rodrigo Silveira da Rosa afirma que “ a toxicomania nasce de um conflito psicológico não resolvido de inadaptação social, assim sendo, chamado de primário, quando resolvido, representa a superação do problema e a permanência na normalidade. Entretanto, quando não resolvido, incidem-se as circunstâncias desencadeantes, da qual geram neurose com manifestações de autogratiificação ou autopunição. Desta forma, como conseqüência, temos a

prática de delitos para o desafogo da neurose, o uso de tóxicos ou toxicofilia, e a automortificação pelo padecimento de doença psicossomática, como certas formas de asma, úlceras do estômago, dermatoses, artrites, colites, todas de fundo somático.”

E continua afirmando que: “na fase secundária, a toxicofilia, que é o simples uso, abate o ego, destrói os valores da convivência e projeta o viciado a uma nova classe conflitual, na qual o dependente perde a condição de trabalhar, enfraquece fisicamente, sente-se vencido e marginalizado.”

A toxicomania é um aspecto particular, em regra, um sintoma, de um distúrbio ao mesmo tempo mais intenso e mais complexo de personalidade e de conduta. O dependente de drogas tem a responsabilidade muitas vezes atenuada, em virtude de sua natureza comportamental compulsiva encorpada com o manto da fragilidade, resultado de uma relação com o mercado da dependência que constitui o cerne da questão.

Seguindo a linha, Salo de Carvalho leciona da seguinte maneira:

Entre os consumidores a principal consequência da criminalização é o que se poderia denominar de *junkyzação*, isto é, a estigmatização do usuário com a sua identificação em (sub)culturas criminais, processo que, a partir de sua amplificação pelos meios de comunicação de massa, produz palpável reação social informal [...] o sujeito envolvido com as drogas, por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinação, fato que, em caso de dependência, inviabiliza seu acesso aos sistemas de assistência médica e social.

Na verdade, o toxicômano é reflexo de várias causas, ou seja, aspectos que se ligam, tais como: substância, contexto sociocultural e econômico e a personalidade do usuário.

Quanto ao aspecto da psicopatologia da toxicomania e vivência do toxicômano, o psicanalista Richard Bucher explica que:

A toxicomania, antes de ser um problema psicopatológico, constitui uma questão antropológica e ética. Enquanto fenômeno universalmente humano, o consumo de drogas ultrapassa as esferas da medicina e da psicopatologia; ele é propriamente antropológico, no sentido de acompanhar toda a evolução histórica da humanidade, a ponto de não existir sociedade que não tenha a “sua” droga.

#### **4. A Constituição de 1988 e as drogas**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo da pirâmide normativa.

Independentemente das controvérsias de cunho político, a Constituição Federal de 1988 assegurou diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos

direitos fundamentais, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Para demonstrar a mudança que estava havendo no sistema governamental brasileiro, que saíra de um regime autoritário recentemente, a Carta Magna de 1988 qualificou como crimes inafiançáveis a tortura e as ações armadas contra o estado democrático e a ordem constitucional, criando assim dispositivos constitucionais para bloquear golpes de quaisquer natureza.

Com o processo de redemocratização, a política criminal instaurou um novo pensar, principalmente com a Assembléia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição Federal de 1988. O desejo de ruptura com as políticas autoritárias dos Governos Militares produziram a formalização no combate às drogas, causando perplexidade aos críticos da política beligerante que viam a Constituição como freio, e não potencializador, da violência planejada.

Como bem ensina Salo de Carvalho:

O texto constitucional não apenas adquire função restritiva (negativa), característica precípua das normas constitucionais penais liberais, mas potencializa a incidência do penal/carcerário. Este paradoxo – coexistência de normas garantidoras e normas autoritárias em estatutos com clara vocação humanista (Constituições e Tratados Internacionais) – reflete o cenário jurídico-político nacional desde 1988. O processo de elaboração constitucional não apenas fixou limites ao poder repressivo; mas, de forma inédita, projetou sistema criminalizador, conformando o que se pode denominar Constituição Penal dirigente, dada a produção de normas penais programática. Desta forma, a Constituição recepcionou anseios punitivos colocando em xeque seus próprios princípios de contenção da violência punitiva. Tem-se, desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de núcleo constitucional-penal dirigente, plenamente realizado pelo legislador ordinário, cujo efeito é edificar Estado Penal como alternativa ao inexistente Estado Social.

Nossa Carta Magna, encorpada com a democracia e à luz das garantias, deve ser entendida como respeitadora das diferenças e particularidades de cada pessoa. Decorre daí, uma especial importância à liberdade da pessoa e, conseqüentemente, o respeito ao direito à privacidade. Sendo assim, a lei penal deve ser entendida não como limite da liberdade pessoal, mas como seu garante.

O Estado não pode criar figuras que venham a agredir a essência da pessoa, suas liberdades, ou seja, sua dignidade. Nesse contexto, a Lei nº. 6.368/76 não apresentava compatibilidade com a Constituição, seja em termos de constitucionalidade, seja sob o ângulo do direito intertemporal.

Por conseguinte, havia um conflito de normas, entre a constitucional que protegia à privacidade, com a relacionada no artigo 16 da Lei velha, que feria este direito fundamental sob a justificativa de estar protegendo outro bem jurídico, qual seja, a saúde pública.

Assim sendo, o fundamento da penalização do usuário de drogas, não encontrava embasamento nos princípios e normas constitucionais. Desta forma, o direito fundamental à liberdade é flagrante, analisado perante o Estado Democrático de Direito, onde a democracia significa respeito às diferenças.

A Lei ancestral, ao tratar do usuário, elencava a proteção do bem jurídico saúde pública em detrimento do direito fundamental à privacidade. Isso confrontava o ordenamento jurídico, pois não havia a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição.

Conclui-se, assim, conforme Arlete Hartmann, que: “o Direito não pode interferir na esfera da vida privada das pessoas, a menos que estas provoquem um dano concreto e direto a terceiros, independentemente dos danos que estas condutas possam causar ao usuário de drogas”.

## **5. Da posse de drogas para consumo próprio**

Usuário de drogas é, conforme o artigo 28 da lei, quem: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Conforme o parágrafo 2º do artigo, o juiz para determinar se a droga destinava ao consumo: “atenderá à natureza e à quantidade de substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

A objetividade jurídica é a saúde pública. A razão da punição daquele que traz consigo, adquire, guarda, transporta ou tem em depósito para uso próprio, é a ameaça que seu comportamento representa para a sociedade.

Os núcleos do tipo são adquirir, guardar, trazer consigo, transportar e depositar. As condutas exigem o uso próprio como finalidade exclusiva do agente. Essa finalidade distingue o artigo 28 do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, porquanto este contém, no seu preceito primário, os mesmos três núcleos acima mencionados, dentre outros.

Frisa-se que usar substância entorpecente ou psicotrópica deve ser considerado comportamento atípico. Além do citado verbo (núcleo do tipo) não constar na redação do artigo 28, há a ausência de prova da materialidade da infração em razão da não apreensão da substância consumida pelo usuário. Para a configuração do artigo 28 é imprescindível a apreensão da droga que causa dependência e o seu exame, para verificar a presença do princípio ativo da substância.

Hoje, na esfera mundial, existem quatro tendências de políticas criminais relacionadas com as drogas.

A primeira é o modelo norte-americano que prega a abstinência e a tolerância zero, constituem um problema policial e individualmente militar, adotam o encarceramento massivo dos envolvidos com drogas. A segunda tendência é o modelo liberal radical, ou seja, liberalização total. A droga provoca distintas conseqüências entre ricos e pobres, enfatizando que somente estes últimos iriam para a cadeia. O terceiro seria o sistema europeu, ou seja, de redução de danos. Desta forma, há a busca gradual da descriminalização das drogas, assim como por uma política de controle educacional, sendo a droga tratada como um problema de saúde pública. A quarta e última tendência é a justiça restaurativa, esta centra sua atenção no tratamento, propondo, assim, uma disseminação dessa forma como a mais adequada para cuidar do usuário ou dependente.

O modelo de Justiça Terapêutica como forma de tratamento, segundo Salo de Carvalho, já mostrava uma perspectiva "sanitarista na qual o usuário de drogas é visto invariavelmente como doente crônico, recorrente e incurável".

Luiz Flávio Gomes faz algumas ponderações pertinentes, quando o assunto é criminalização do usuário de drogas:

Não há outro rumo mais lúcido e racional que descriminalizar as drogas, isto é, retirar do Direito penal algumas condutas, reservando-o para o mínimo necessário. Não se trata de legaliza-las, sim, de controla-las. Vários países nos últimos anos deixaram de punir o porte para consumo de determinadas drogas (Holanda, Portugal pela Lei 30/2000, Suíça, Espanha etc.), preferindo a política de redução de danos (para a sociedade, para o próprio usuário e sua família). [...] Prevenção é a prioridade. O mais sensato e responsável, de tudo quanto se pode extrair das experiências e vivências estrangeiras, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. [...] A postura da legislação penal brasileira sempre tratou o simples usuário de droga como criminoso.

Raúl Cervini leciona que descriminalização "é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas".

Agora, despenalização significa "o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal".

Segundo Luiz Flávio Gomes, a discussão em volta da descriminalização do uso de drogas seria hipótese de *abolitio criminis*, para tanto, ele se vale do artigo 1º da LICP. Segundo o autor, se crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção isto levaria ao seguinte entendimento:

Não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração “penal” no nosso País.

Conforme Luiz Flávio Gomes, “a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis* [...] porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão”.

Roberto Mendes de Freitas Júnior discorda e traz os seguintes argumentos:

O Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941 – Lei de Introdução ao Código Penal – jamais poderia se referir às penas restritivas de direitos, vez que estas só foram inseridas na legislação penal após a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984. Óbvio, portanto, que em 1941, o legislador não poderia incluir, na definição de crime (art. 1º da LICP), a cominação de pena restritiva de direitos, já que tal pena não existia no direito pátrio.

O art. 28, ademais, está inserido no Capítulo III, do Título III, da Lei n. 11.343/2006, sob a rubrica “Dos crimes e das penas”, tornando inquestionável a intenção do legislador em considerar tal conduta como ilícito penal.

Na mesma linha, Davi André Costa Silva defende que não houve descriminalização, vejamos as suas considerações:

O argumento pela descriminalização é frágil, pois se funda no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal que apresenta a diferença entre crimes e contravenções, tendo, como único critério diferenciador, as penas.

A LICP não é a única norma legal a prever as penas a serem adotadas no Brasil. O próprio Código Penal, que teve sua parte geral reformada em 1984, apresenta outras penas, além da reclusão, detenção, prisão simples e multa disciplinadas originalmente na LICP. Além das penas privativas de liberdade, há as restritivas de direito, dentre as quais a prestação de serviços à comunidade, exatamente a mesma cominada para os usuários (art. 28, II, e § 6º, II, da Lei 11.343/06).

Ainda que tal argumento não se mostre suficiente, o operador do direito deve se ancorar na Constituição da República (art. 5º, inc. XLVI), que também prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, da perda de bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos. [...] A natureza jurídica do artigo 28 é de medida despenalizadora mista, eis que o legislador optou por adotar medidas educativas – duas delas afastam por completo a aplicação de pena (advertência sobre os efeitos das drogas e comparecimento a programa ou curso educativo), por isso chamadas de medidas despenalizadoras próprias ou típicas. A terceira é uma medida despenalizadora imprópria ou atípica, pois embora objetive evitar a prisão, impinge ao usuário uma pena restritiva de direitos – a prestação de serviços à comunidade.

Para Paulo Rangel não houve nem descriminalização e nem despenalização, ele toma como base os princípios constitucionais da reserva legal e da individualização da pena. Ele

explica que a Lei Antidrogas é clara ao anunciar que é proibido o consumo de drogas e estabelece sanções, pois a Constituição Federal assim o permite que o faça.

Como é cediço, o art. 16, da Lei n. 6.368/76, punia com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos o agente que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A nova lei (Lei Antidrogas) modificou pouco o tipo descritivo do crime, o qual passou a ter a seguinte redação: "*Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...)*"

Note-se que nesse tipo penal foram incluídos dois novos verbos, além daqueles previstos na antiga lei: *tiver em depósito* e *transportar*. Assim, o tipo penal em questão passou a ter 5 (cinco) núcleos.

Outra mudança que merece ponderação, diz respeito ao fato determinante para a escolha do rótulo de Lei Antidrogas. Antes, os tipos penais denominavam o objeto material com a seguinte expressão: "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica."

Com a nova legislação, o objeto material passou a ser conhecido como "droga". Sendo que a definição do que vem ser "droga" é trazida pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (ou Lei Antidrogas), conforme acima alinhavado.

De mais a mais, a nova lei sancionada tratou de pôr fim a uma anomalia existente na antiga lei. Antes, o sujeito que cultivava uma planta de maconha para uso próprio poderia responder pelo crime de tráfico, pois essa conduta não diferenciava aquele que plantava para o tráfico daquele que cultivava para uso. Chegou-se a ponto de criar uma ponte invisível, ferindo o princípio da legalidade, tipificando tal conduta no art. 16, da Lei n. 6.368/76, justamente para harmonizar a conduta com a sanção.

Passa-se, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena privativa de liberdade (art. 28, § 1º, Lei Anti-Droga). Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio.

As referidas mudanças não serão sentidas de forma intensa pela sociedade ou pelo universo jurídico. No entanto, o mesmo não se diga em relação a modificação da pena para esses crimes.

Isto porque não mais temos a pena privativa de liberdade como sanção para as condutas que visam o consumo de drogas. O legislador pátrio estipulou as seguintes penas para o usuário de drogas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

É irrelevante a quantidade de droga portada pelo agente, já que trata-se de crime de perigo, desde que, levada à perícia químico-toxicológica, seja constatada a presença do princípio ativo da substância.

A pequena quantidade não afasta, por si só, a eventual configuração do tráfico. Faz-se necessário o exame do conjunto probatório à luz dos parâmetros indicados, exemplificativamente, a saber:

- quantidade e natureza da substância apreendida;
- local e condições em que se desenvolveu a ação criminosa;
- circunstâncias da prisão;
- conduta, qualificação e antecedentes do agente.

A consumação do artigo 18 da Lei n.º 11.343/06 ocorre com a prática do comportamento típico, independentemente da produção de qualquer resultado. Na modalidade adquirir, a tentativa é possível.

## **6. Da não descriminalização**

A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Exmo. Desembargador José Henrique R. Torres, considerou que portar droga para uso próprio não é delito. Fundamentou sua decisão na Constituição brasileira, invocando os princípios da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico), igualdade (há muitas outras "drogas" cujo consumo não é incriminado: bebidas alcoólicas, p.ex.) e intimidade (o Estado não tem o direito de invadir a intimidade da pessoa para proibi-la de usar o que quer que seja).

A jurisprudência brasileira, de um modo geral, não aceita ainda essa tese (da descriminalização do porte de droga para uso próprio). Ainda não está devidamente trabalhado na jurisprudência o requisito da transcendentalidade da ofensa como fundamento para se afastar a tipicidade (material) da posse de drogas para uso próprio.

No plano legal, o vigente art. 28 da Lei 11.343/2006, inovando surpreendentemente nosso ordenamento jurídico, passou a cominar tão-somente penas alternativas para o "usuário de droga" (ou seja: portador de droga para uso próprio). Antes (na Lei 6.368/1976) essa

conduta era punida com pena de prisão (de seis meses a dois anos de detenção). Antigamente, como se vê, o fato era considerado como crime. Depois da Lei 11.343/2006 surgiu uma grande polêmica na doutrina e na jurisprudência.

Dessa forma surgiram três posições na doutrina e na jurisprudência:

(a) do STF (Primeira Turma – RE 430.105-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence), entendendo que se trata de crime;

(b) Luiz Flávio Gomes admitindo que se trata de uma infração penal *sui generis* (cf. GOMES *et alii*, Lei de Drogas Comentada, 2.e.d, São Paulo:RT, 2007, p. 145 e ss.), e

(c) Alice Bianchini (para quem o fato não é crime nem pertence ao Direito penal).

Na decisão do STF verifica-se que: “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 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 transcorreram tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, 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).v

No plano legal (art. 28) há previsão de uma infração (aparentemente penal). No plano constitucional (por onde transitou o acórdão do TJ-SP), entretanto, a outra conclusão se pode chegar. É por essa via que transitou a decisão da 6ª Câmara do TJ-SP, a qual passa-se a analisar.

Essa decisão (no plano constitucional) não pode ser tida como incorreta. Por quê? Porque a imposição de sanção *penal* ao possuidor de droga para uso próprio conflita com o Estado constitucional e democrático de Direito (que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiros pessoas).

Vejam: por força do princípio da ofensividade não existe crime (ou melhor: não pode existir crime) sem ofensa ao bem jurídico (cf. GOMES, L.F. e GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., *Direito penal-PG*, v. 2, São Paulo: RT, 2007, Vigésima Segunda Seção). Ofensa ao bem jurídico significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Para a existência de um crime não basta que o sujeito realize a conduta descrita no tipo legal. Mais que isso: além dessa tipicidade (chamada) formal, impõe-se que esse fato seja ofensivo ao bem jurídico protegido. Dessa forma o fato além de ser formalmente típico deve também constituir um fato materialmente típico.

Essa ofensa ao bem jurídico (que é conhecida em Direito penal como resultado jurídico) precisa ser desvaliosa (para que o fato seja penalmente típico não basta a produção de qualquer resultado: ele precisa ser desvalioso). E quando uma ofensa ao bem jurídico é desvaliosa? Quando concreta ou real (não cabe perigo abstrato no Direito penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito penal) e intolerável (insuportável, de tal forma a exigir a intervenção do Direito penal).

A transcendentalidade da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão-somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). Exemplos: tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios etc.

Na transcendentalidade da ofensa reside o princípio da alteralidade (a ofensa tem que atingir terceiras pessoas). Alteralidade (ofensa a terceiros) não se confunde com alternatividade (princípio que conduz ao reconhecimento de um só crime quando o agente realiza, no mesmo contexto fático, vários verbos descritos no tipo).

Se em Direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).

A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme aqui esboçado, considerou que portar droga para uso próprio não é delito. Fundamentou sua decisão na Constituição brasileira, invocando os princípios da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico), igualdade (há muitas outras "drogas" cujo consumo não é incriminado: bebidas alcoólicas, p.ex.) e intimidade (o Estado não tem o direito de invadir a intimidade da pessoa para proibi-la de usar o que quer que seja).

A jurisprudência brasileira, de um modo geral, não aceita ainda essa tese (da descriminalização do porte de droga para uso próprio).

Todavia, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que, de fato, verifica-se, é que houve não uma descriminalização da conduta, mas sim, uma despenalização.

A Lei Antidrogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, como querem alguns doutrinadores. Apenas, diminuiu a carga punitiva. A sanção penal, como é sabido, possui como uma das espécies a pena. As penas podem ser as seguintes, sem prejuízo de outras, de acordo com o inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Percebe-se, claramente, que é crime a posse de drogas para consumo pessoal. A mudança diz respeito à espécie da pena, que deixou de ser privativa de liberdade. Claro que se trata de um avanço para que o tema passe a ser tratado somente como questão de saúde pública, incidindo sobre ele as normas de caráter administrativo. Mas ainda não chegamos a esse ponto.

Assim, verifica-se que, embora seja a grande maioria das infrações penais sancionadas com pena de prisão (retenção, detenção e prisão simples), "uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena restritiva de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere." (Exposição de Motivos da reforma penal de 1984)

Vislumbra-se, que é perfeitamente possível a adoção pelo legislador de infrações que possuam penas alternativas diretas, sendo tal fato uma tendência positiva e que vem ganhando espaço no campo penal, com amparo da Constituição.

O raciocínio exposto pelo professor Luiz Flávio Gomes dilacera a Constituição. Pois, tornam inócuas as penas previstas no inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal. Ademais, tolhe qualquer possibilidade de se avançar na legislação penal, haja vista que será, segundo o referido doutrinador, *sui generis* o tipo legal que aplicar a pena alternativa de maneira direta, não sendo nem ilícito penal ou ilícito administrativo.

Em suma, a Lei Maior possibilitou que a classificação de infração penal ficasse mais abrangente, não se restringindo somente nas hipóteses das penas referidas pela Lei de Introdução do Código Penal.

O art. 28, que tipifica a conduta de posse para consumo, está justamente no Capítulo III, ou seja, sendo tratado como crime, com cominação de pena. Ora, não se pode negar o caráter penal do tipo em questão, somente em razão de ter estipulado penas alternativas de forma direta, ainda mais que o legislador fez questão de cunhar a expressão "crimes e penas" antes de definir a conduta de posse de drogas para consumo próprio.

Por todos esses argumentos é que não se reconhece 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.

O professor Damasio E. de Jesus afirma que: "O objeto jurídico principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas é a saúde pública, bem palpável, uma vez que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade. Deste modo, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual. No tocante ao cidadão, isoladamente considerado, o direito à vida, à saúde (própria), à segurança coletiva e à ordem pública integram sua objetividade jurídica secundária (mediata), *i. e.*, são tutelados por eles de forma indireta. Há uma superposição de interesses jurídicos. A vida e a incolumidade física, p. ex., são protegidas como objetos jurídicos principais no Código Penal, no Capítulo próprio (arts.

121 e 129). Nos delitos referentes a tóxicos, contudo, aparecem como interesses jurídicos secundários. Esse bem individual se sobrepõe àquela. Protegendo-se o interesse coletivo, a saúde pública, obliquamente está sendo assegurada tutela aos bens particulares.

A saúde pública, como interesse jurídico difuso, não resulta da soma das saúdes individuais dos membros que compõem a coletividade. Realmente, o nível de saúde dos membros do corpo social é algo mais que a saúde de seus integrantes. Esse interesse superior é garantido pela CF (arts. 196 e s.) e protegido pelas normas penais incriminadoras da Lei n. 11.343/06. Trata-se de um interesse de relevante importância, uma vez que o cidadão, enquanto membro do corpo social, tem direito a um nível coletivo de saúde diferente da saúde individual (pessoal).

Temos, pela Constituição Federal, direito a um nível "coletivo" de saúde. Todos o possuindo, eu desfruto dele; se ninguém o tem, eu não o tenho. Logo, protegendo o coletivo, tutela-se o individual. Lesionando-se o interesse difuso, reduz-se o nível de vida do individual. Há lesão ao bem jurídico primário, no sentido de que o fato delituoso abaixa o nível mínimo aceitável de saúde da população.

A essência do delito de porte de droga para uso próprio se encontra na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão a pessoas que compõem o corpo social. Tomando em consideração o respeito que deve existir entre os membros da coletividade no que tange à proteção da saúde pública, o portador da droga lesiona o bem jurídico difuso, i. e., causa um dano massivo, uma lesão ao interesse estatal de que o sistema social funcione normalmente. O delito por ele cometido decorre da "falta de respeito com a pretensão estatal de vigilância" do nível da saúde pública (Schmidhauser), fato que não se confunde com o uso da droga, evento que se passa na esfera íntima do cidadão. Como se nota, não é necessário socorrer-se da tese do perigo abstrato, uma vez que, partindo-se do conceito de interesse difuso, pode-se construir uma teoria adequada à solução do tema. Essa lesão já conduz à existência do crime, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais, se houve invasão da sua esfera pessoal ou se o fato causou ou não perigo concreto a terceiros.”

## 7. Das penas aplicáveis

O artigo 16 da Lei 6.368/76 valorava a pena do uso de drogas em detenção de seis meses a incidir novamente.

No caso em tela, Luiz Flávio Gomes presta maiores esclarecimentos:

Caso o agente tenha alguma outra condenação precedente (por roubo, homicídio, evasão de divisas, gestão temerária de empresa etc.) e vem a praticar o fato descrito no art. 28, em nada será prejudicado em virtude dessa condenação anterior. O fato de ter condenação por outro crime (distinto da posse de drogas) não impede a aplicação das penas do art. 28. de outro lado, não sendo reincidente específico no art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), sua pena não pode passar de cinco meses. Quando reincidente específico no art. 28, sua pena poderá chegar a dez meses. [...] Caso já tenha expirado o prazo depurador de cinco anos, não há que se falar na reincidência específica do § 4.º do art. 28. Logo, as sanções não podem passar de 5 (cinco) meses.

No caso de multireincidência, ou seja, o usuário é várias vezes surpreendido na posse de drogas para consumo pessoal, o lapso temporal do artigo 28, § 4.º, não se altera. Desta forma, mesmo que ele seja multireincidente não terá à pena de prisão e não cumprirá pena mais que dez meses de sanção.

Agora, para garantia do cumprimento das medidas educativas, o artigo 28, § 6.º da lei estudada dispõe que o juiz poderá, para aqueles que injustificadamente se recusarem, aplicar, sucessivamente, a admoestação verbal e a multa.

A admoestação é uma repreensão, o juiz advertirá o agente sobre as conseqüências de sua desídia delituosa. Assim, haverá intimação do magistrado para que o agente compareça à audiência admonitória designada, onde será feita a advertência oral.

Élcio Pinheiro de Castro tece os seguintes comentários acerca do descumprimento das medidas educativas:

Importa ressaltar que não satisfeita a obrigação (sem plausível justificativa) é facultado ao magistrado infligir a pena de admoestação verbal e, se ainda assim não surtir efeito, determinar o pagamento de multa que não poderá ser inferior a 40 nem superior a 100 dias-multa. O cálculo, entre os apontados limites deverá ser realizado com apoio exclusivamente na reprovabilidade de conduta, observando-se o princípio da proporcionalidade a fim de assegurar a indispensável individualização. Firmando o número de unidades, o julgador prescreverá o valor de cada dia-multa (entre 1/30 e 3 vezes o maior salário mínimo) segundo a capacidade econômica do recalcitrante. Tais importâncias, após o recolhimento, serão destinadas ao Fundo Nacional Antidrogas e não mais ao Tesouro Nacional.

Praticada a infração do artigo 28, cabe ao Estado o direito de aplicar as medidas alternativas previstas. O lapso temporal para isso é de dois anos, perde-se, portanto, o direito de aplicar contra o agente as medidas estabelecidas após esse período.

A consumação ocorre quando a conduta típica é realizada, não se exige nenhum resultado. Em contrapartida, é preciso a comprovação da idoneidade lesiva da conduta e da droga. Assim, estamos diante de um crime de posse, onde a simples comprovação da posse do objeto já é punível. Trata-se, desta forma, de crime de perigo abstrato, não há a necessidade de provar o efetivo perigo à saúde pública. Assim, basta a realização de alguma das condutas delineadas no tipo para a consumação do delito.

A tentativa fática é possível, exemplo, tentar adquirir droga para consumo pessoal, entretanto, essa conduta não é absorvida pela Lei, pois todo o comportamento que represente menos que a real posse deve ficar impune, pois do contrário haveria uma exagerada antecipação da tutela legal. O certo é que ninguém poderá ser punido pela intenção ou cogitação, assim, se não conseguiu sequer alcançar a posse de droga, não incidirá nele a previsão legal.

A sucessão de leis penais rege-se por dois princípios básicos, quais sejam, a irretroatividade da lei penal nova mais severa e, por outro lado, a retroatividade da lei penal nova mais benéfica. Assim, o artigo 28 da nova lei é indiscutivelmente mais benéfico que o artigo 16 da lei anterior.

Neste sentido, entendimento igual de Roberto Mendes Freitas Júnior:

Por constituir *novatio legis in melius*, a nova lei retroage para alcançar fatos praticados antes de sua vigência. O agente que estiver sendo processado pela prática do crime previsto no art. 16 da antiga Lei de Entorpecentes, dessa forma, deve ser beneficiado pela regra da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal), só podendo ser submetido a uma das penas previstas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

A regra constante no artigo 28 da Lei deve ser classificada como norma penal em branco, pois trata de uma infração incompleta, pois exige um complemento normativo. No caso em tela, esse complemento é constituído pela descrição das drogas, ou seja, uma lista de drogas fornecida pela Anvisa, que pertence ao Ministério da Saúde. Esse complemento é heterogêneo, portanto, estamos diante de uma lei em branco heterogênea.

Luiz Flávio Gomes assevera que a lei em branco é formada por dois textos normativos, ou seja, o principal e o complemento. Desta forma, a ausência de um deles acarreta a inexistência da atipicidade. Portanto, se a substância apreendida for retirada da lista, estamos diante de *abolitio criminis*.

Assim sendo, como bem salienta Salo de Carvalho, “a lei penal em branco é identificada por preceitos incompletos nos quais a descrição da conduta punível requer colmatação por terceiros dispositivos, normalmente de cunho extrapenal e administrativo”.

Muita divergência existia sobre o enquadramento típico da conduta consistente em semear, cultivar ou colher plantas tóxicas, Luiz Flávio Gomes demonstra as posições que eram sustentadas na Lei 6.368/76:

(a) o fato caracterizava o delito do art. 12, § 1.º, II, da referida Lei (não importava se a intenção do agente era para uso ou para consumo de terceiros); (b) o fato estava descrito nesse dispositivo legal mas quando o agente “plantava”, semeava ou colhia “para uso próprio” a pena não podia ser a do art. 12, § 1.º, II, sim, a do art. 16 (por analogia *in bonam partem*); (c) o fato era atípico.

Roberto Mendes de Freitas Júnior exemplifica a orientação da lei antiga:

Se o agente plantasse um único pé de maconha para uso próprio, e fosse surpreendido enquanto a planta ainda não tivesse sido colhida, respondia por tráfico ilícito de entorpecente; mas se fosse surpreendido pela polícia minutos após a colheita, somente na posse do entorpecente, para uso próprio, respondia pelo crime de uso de entorpecente [...] tratava-se de situação absurda, que violava o Princípio Constitucional da Proporcionalidade das Penas, pois uma mesma conduta, dividida em três fases (plantar, colher e usar), era incriminada de forma muito mais grave se interrompida nos dois primeiros momentos.

A conduta agora vem explícita no § 1.º do artigo 28 da nova lei: “para consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”. Por conseguinte, temos um requisito subjetivo especial, ou seja, diferencia-se a conduta para uso pessoal, da conduta de tráfico, constante no artigo 33, § 1.º, II, também da nova lei. Igualmente, a configuração do crime exige pequena quantidade, ou seja, é requisito normativo do tipo porque exige juízo de valor do juiz.

As penas cominadas no artigo 28 são consideradas de menor potencial ofensivo, assim, o processamento delas segue, em regra, o disposto no artigo 60 e seguintes da Lei 9.099/95, conforme o que está disposto no artigo 48, § 1º da Lei Antidrogas.

Além das infrações do artigo 28, outras existem com sanção cominada não superior a dois anos. São elas: art. 33, § 3.º (tráfico privilegiado) e art. 38 (prescrição culposa de drogas).

Conforme o artigo 61 da Lei n.º. 9.099/1995, o conceito de menor potencial ofensivo é o seguinte: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Como colação, Jayme Walmer de Freitas traz os seguintes aspectos:

O tráfico na forma culposa (art. 38) é infração de menor potencial ofensivo, com a nuance de que, como qualquer outro tipo penal assemelhado, dependendo das circunstâncias pessoais do acusado, pode conduzi-lo a uma pena privativa de liberdade, o que inexistia no crime de porte de entorpecentes.

As infrações alinhadas pelo Juizado Especial, quando ligadas aos crimes dele excluídos, deverão ser remetidas ao Juízo Comum, que são responsáveis pelo julgamento de ilícito mais grave. Tendo em vista o novo texto legal e, respeitando o artigo 60 da Lei dos Juizados Especiais, preenchidos os requisitos exigíveis, não poderão as infrações de maior gravidade dificultar a possibilidade de transação penal e, por conseguinte, a composição dos danos causados.

Assim, como exemplifica Luiz Flávio Gomes, se o agente cede a sua casa para a traficância e, ao mesmo tempo, é surpreendido com posse de drogas para consumo pessoal, estaríamos diante de dois delitos configurados. Diante disto, surgirá a pergunta qual a solução a ser tomada? Vejamos, uma é de maior gravidade e contaria com o procedimento especial da nova lei e a outra de menor potencial ofensivo e deveria ser processada nos Juizados.

Paulo Rangel tem o seguinte entendimento sobre o assunto: havendo conexão entre o artigo 28 e os artigos 33 a 37 da nova Lei, não impedirá que o consumidor de drogas desfrute dos direitos aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, pois o contrário feriria o princípio da razoabilidade.

A infração de menor potencial ofensivo deverá ser analisada de forma isolada, ou seja, individualizando cada delito. Em contra partida, a infração penal conexa de maior gravidade não poderá ser invocada como fator impeditivo da incidência dos institutos da transação ou da composição civil.

## **8. Posse de drogas para consumo pessoal e prisão em flagrante**

Conforme o que dispõe a lei, será o juiz dos Juizados Criminais competente para a aplicação das penas contidas no artigo 28. Em último caso, em não havendo Juizados de plantão, poderá o caso ser encaminhado à delegacia de polícia, onde assim, o delegado elaborará o termo circunstanciado. Vale frisar que, desapareceu a prisão em flagrante para usuários de drogas.

E, neste particular, se não haverá prisão em flagrante no artigo 28, por analogia *in bonam partem*, também não poderá haver a prisão em flagrante nas situações de delitos de menor potencial ofensivo, também prevista na nova Lei Antidrogas. Isso significa dizer que não ocorrerá a lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como não haverá recolhimento do sujeito ao cárcere.

Sobre o tema, Roberto Mendes de Freitas Júnior comenta:

A vedação da prisão em flagrante é absoluta, não estando condicionada à aceitação do agente em cooperar com a Justiça. Não será possível a prisão em flagrante, assim, nem mesmo se houver recusa do agente em comparecer em juízo. Óbvio, contudo, que caso o agente pratique o crime previsto no art. 28, em concurso com qualquer conduta dentre aquelas previstas nos arts. 33 a 37, caberá a sua prisão em flagrante, prosseguindo-se o feito nos termos do disposto no art. 50 e seguintes da nova lei.

Em resumo, como bem ensinam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, a autoridade policial que encontrar um usuário em situação de flagrância deverá tomar as seguintes atitudes:

- a) se houver Juízo, conduzi-lo coercitivamente para que a Secretaria do Juizado elabore o Termo Circunstanciado;
- b) na falta do Juízo, abrem-se-lhe duas possibilidades: b1) elaborar o termo circunstanciado no local dos fatos ou b2) encaminhar o agente para a Delegacia de Polícia, na qual será lavrado termo circunstanciado ou auto de prisão em flagrante, caso o Delegado entenda tratar-se ou não de usuário.

A legislação afastou a atuação policial nos casos de usuários e dependentes de drogas, ou seja, ele deve ser levado, preferencialmente, ao juiz. Portanto, somente na falta deste é que deve ser encaminhado à Delegacia de Polícia para elaboração do termo circunstanciado.

A Lei vedou a detenção do agente usuário ou semeador ou cultivador de planta tóxica com o fito de consumo próprio. Nesta linha, Luiz Flávio Gomes ensina o tema em destaque:

A prisão em flagrante [...] conta com quatro momentos importantes: (a) captura do agente (no momento da infração ou logo após a sua realização); (b) sua condução coercitiva até à presença da autoridade policial (ou judicial); (c) lavratura do auto de prisão em flagrante e (d) recolhimento ao cárcere. No caso da infração do art. 28 os dois últimos momentos não existem: nem se lavra o auto de prisão em flagrante, nem se recolhe o agente ao cárcere.

Como bem lembra Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

A finalidade do legislador era afastar ao máximo o usuário das Delegacias de Polícia, evitando-se estigmatizá-lo. Esta concepção se enquadraria dentro do espírito que permeia toda a Lei de Drogas, de separar rigidamente o usuário e o traficante, tratando-se de maneira totalmente diversa. Assim, apenas ao traficante se reservaria o espaço das Delegacias de Polícia.

Sobre o tema transação penal, vejamos a conceituação que Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles trazem para discussão:

O conceito de transação penal vem do latim *transactio*, no sentido de exprimir uma espécie de negociação, em sentido gramatical, um sentido de pacto na quais as pessoas realizam um contrato, ou negociam, a fim de prevenir um litígio, ou mesmo colocar fim a um determinado litígio que se tenha iniciado. Cumpre a transação penal a tarefa de evitar a contestação. Assim, esta terá sempre um caráter consensual; por esta razão, este acordo é também denominado de composição amigável. [...] a proposta de transação penal, que é modalidade de ação penal, somente pode ser feita nos casos em que o agente ministerial tiver feito análise

semelhante àquela que faz para o oferecimento da denúncia e tiver vislumbrado elementos suficientes para o desencadeamento de ação penal contra o autor do fato.

A transação penal, segundo Luiz Flávio Gomes, funciona da seguinte maneira: “na audiência preliminar é possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do art. 28. Não aceita (pelo agente) a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95”.

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho fazem a seguinte explanação sobre a transação penal:

A transação deve envolver, portanto, a aplicação imediata das penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em divergência ao tratamento dado aos crimes de menor potencial ofensivo, não será possível o oferecimento de proposta de penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana ou multa.

A propósito do tema, Roberto Mendes de Freitas Júnior explica da seguinte maneira: “se o agente não aceitar a proposta, não tiver comparecido à audiência preliminar (apesar de devidamente cientificado), ou não preencher os requisitos legais para tanto, proceder-se-á ao rito sumaríssimo”.

Vale lembrar, que as medidas educativas aplicadas no artigo 28 não contam com caráter penal, ou seja, não valem, por exemplo, para antecedentes criminais e para reincidência. A imposição de uma não impede a segunda.

De outra banda, o autor da proposta de transação é o Ministério Público, isto porque, no caso do artigo 28 da Lei, é pública e incondicionada. Frisa-se, ainda, que a presença de um advogado se fará imprescindível no momento do aceite de qualquer transação penal.

Quando a quantidade de droga apreendida for muito ínfima, Salo de Carvalho doutrinava já na legislação anterior que: “não há outra alternativa possível aos operadores do direito senão optarem pelo arquivamento do procedimento, sequer propondo transação penal ou suspensão condicional do processo”.

## **9. Do procedimento penal aplicado ao usuário**

O procedimento penal adotado caso o agente cometa algumas das condutas tipificadas no art. 28, da Lei Antidrogas, será o previsto no art. 60 e seguintes, da Lei n. 9.099/95 (art. 48, § 1º, Lei Antidrogas).

O agente surpreendido pela polícia na posse de drogas para consumo próprio, será abordado, visando à cessação do ilícito penal. Após isso, deverá ser encaminhado, mesmo que de forma coercitiva, ao juízo competente, na falta deste, assumirá o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado, perante a autoridade policial (art. 48, § 2º e 3º, Lei Antidrogas).

Frise-se que o autor dessa infração não poderá ser preso em flagrante. O que significa apenas não lavratura do auto de prisão em flagrante e não condução ao cárcere. Podendo, repita-se, ser capturado e levado a autoridade competente.

No curso do procedimento penal, pode o Ministério Público, na forma do art. 76, da Lei n. 9.099/95, propor a aplicação imediata da pena prevista no art. 28, da Lei Antidrogas. Contudo, a não aceitação acarreta a possibilidade de denúncia, seguindo no rito estatuído pelo art. 77 e seguintes, da Lei n. 9.099/95.

Registra-se, porém, que o juiz, ao sentenciar, não poderá atribuir como pena a advertência, pois essa, devido à sua natureza, que foge das raias do Direito Penal, somente pode ser objeto de transação. Resta, pois, ao julgador apenas a prestação de serviço à comunidade e a participação em curso educativo, mesmo porque seria uma verdadeira aberração jurídica e um desrespeito à economia processual que em sentença penal o juiz fixasse como pena uma advertência.

### **Considerações finais**

Um dos temas mais discutidos e abordados nas últimas décadas, com certeza, são as Drogas. O usuário/dependente carrega há tempos o estigma de criminoso, as legislações passadas traziam severo rigor, sendo desproporcional àqueles que tinham o dolo para o comércio.

Isso se deve muito a uma cultura, ou seja, uma visão popular, diga-se de passagem, retrógrada e conservadora, que iguala o dependente de drogas àquele que trafica drogas ilícitas. Frisa-se que, a problemática em torno das drogas agride não apenas uma parcela da população, mas toda a coletividade.

A prevenção ao uso de drogas tem que, primeiramente, passar pelo estágio da educação, pois se trata de tema, ainda, revestido por forte preconceito e desinformação.

A legislação passada, Lei 6.368/1976, já não acompanhava mais os avanços da criminalidade moderna. Em 2002 surgiu a Lei 10.409/2002, esta, no entanto, tinha o intuito de

renovar o ordenamento jurídico, mas não foi bem aceita e acabou por sofrer muitos vetos da Presidência, por considerar trechos que afrontavam a Constituição e o interesse público. A partir daí iniciou-se a tramitação do projeto que hoje é a nova Lei de Drogas, esta surgiu revogando as duas anteriores.

A Lei cria o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, tendo objetivo de prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelecer normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

Portanto, o legislador consciente de que o uso de drogas está disseminado na sociedade, buscou criar medidas que atendessem aos usuários e dependentes, e mais, reinserí-los no meio social. Assim, ocorre o reconhecimento de que o uso de drogas é uma realidade e que o caminho não é taxá-los como criminosos, e sim, dar-lhes tratamento.

O Estado passa, assim, a tratar o consumo como um problema de saúde pública, busca-se a redução de danos. A lei aplicará ao usuário penas alternativas, não mais privação de liberdade. Assim, não se cogita mais a propositura de inquérito policial, mas, termo circunstanciado para aqueles que forem surpreendidos com drogas para consumo pessoal. O legislador demonstra nítida intenção de diferenciá-lo do traficante aplicando-lhes, medidas educativas.

Isto significa dizer, que não haverá mais a prisão, retira-se do caminho do usuário/dependente a polícia, sendo ela usada como *ultima ratio*. Seu caminho, agora, será o Juizado Criminal de plantão.

Enfim, o caminho dado pela nova Lei traz contornos atuais e modernos, seguindo países de primeiro mundo. Já passa o tempo de termos leis anacrônicas e duras, que visem apenas devolver o mal praticado. Agora, cabe ao Estado cumprir o seu papel e disponibilizar locais para tratamento de usuários/dependentes, bem como criar políticas educacionais cada vez mais apropriadas a uma sociedade em constante mudança.

## Referências

GOMES, Luis Flávio. **Porte de drogas para uso próprio: é crime?**  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11412>

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes (coord.). **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Portar droga para uso próprio é crime?**  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328>

MESQUITA JR., Sídio Rosa de. **Comentário à lei antidrogas**. São Paulo: Atlas, 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada**. São Paulo: Juruá, 2007.

PONTES, Manuel Sabino. **Uso de drogas ainda é crime, afirma o STF**.  
<http://professormanuel.blogspot.com/2007/03/uso-de-drogas-ainda-crime-afirma-o-stf.html>

ROSA, Rodrigo Silveira da. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** <http://jusvi.com/artigos/33356>

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **A nova lei antidrogas**. 2a. edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

VOLPE, Clovis Alberto Filho. **Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006)**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>