

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo as alterações promovidas pela Lei 11.343/06 no que concerne ao tratamento dispensado aos usuários de drogas.

Como cediço, desde os tempos mais remotos, os grupos mais diversos de indivíduos fazem uso de drogas. Neste sentido, o primeiro capítulo do presente estudo vem ilustrar a evolução histórica da legislação aplicável aos usuários de drogas, bem como ressaltar que o problema relacionado às drogas vem de longa data.

Por sua vez, o segundo capítulo trata de importantes alterações promovidas pela Lei 11.343/06.

Antes do advento do mencionado diploma legal, a questão sobre as drogas e os crimes a elas relacionados eram tratados por duas legislações esparsas, a saber, pelas leis de nºs 6.368/76 e 10.409/02, ambas revogadas pela Lei 11.343/06.

Dentre as alterações trazidas pela Lei 11.343/06, vale destacar as medidas de reinserção e reintegração do usuário, bem como as medidas de prevenção e combate às drogas.

O presente estudo será construído a partir da figura do usuário – tratada especificamente no terceiro capítulo, frente à legislação aplicável à espécie.

Importante ressaltar aqui, que entendimento consolidado encara o usuário de drogas como problema atinente à saúde pública, o que leva muitos doutrinadores a se posicionarem no sentido de que os usuários de drogas sequer deveriam ser tema tratado pelo direito penal.

Por essas razões, desencadeiam-se diversas discussões acerca do caráter criminoso da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Nessa esteira, o foco do presente estudo é chegar a uma maior compreensão acerca da descriminalização ou não do uso de drogas.

O artigo 28 do diploma legal supracitado tipifica a conduta daquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em contrapartida, é de se notar, também, que não é cominada pena privativa de liberdade aos usuários, o que tem dado causa às fervorosas discussões acerca da descriminalização ou não das condutas relacionadas ao consumo de drogas.

A Lei 11.343/06, frente ao uso de drogas, estabelece novas medidas de prevenção ao uso indevido de entorpecentes, bem como prescreve mecanismos para reintegração social dos usuários e dependentes químicos, mas não prevê, em nenhuma hipótese, pena privativa de liberdade a estes.

Partindo deste paradigma, uma corrente defende a ocorrência do *abolitio criminis* em relação à conduta do usuário de drogas, não obstante tal conduta esteja descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06, que trata dos crimes e das penas.

Assim, para melhor delinear a situação e verificar se efetivamente houve o *abolitio criminis*, faz-se mister analisar os elementos constitutivos do crime.

Nessa ordem de ideias, o quarto capítulo do presente estudo aprofunda a discussão acerca das condutas típicas do artigo 28 da Lei 11.343/06. Ainda nesse capítulo, vislumbra-se o objeto jurídico protegido, os sujeitos do crime, objeto material e elemento normativo do tipo, possibilidade de tentativa, dentre outros.

Ademais, a considerar que o delito do artigo 28 da Lei 11.343/06 está envolto por uma grande polêmica, já que não se pune mais o usuário de drogas com pena privativa de liberdade, pretende-se no quarto capítulo aprofundar uma análise acerca das penas existentes em nosso ordenamento jurídico, tal como prevê o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República.

Na sequência, o capítulo quinto destina-se à exposição dos diferentes posicionamentos acerca da despenalização ou descriminalização da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06, ora principal tema a ser discutido.

A exposição dos principais argumentos dos adeptos de cada corrente – descriminalização e despenalização, permitirá uma noção mais cristalina acerca da ocorrência ou não do *abolitio criminis*.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### 2.1 A legislação de combate às drogas e seus reflexos durante os anos.

Ao contrário do que muitos pensam, as drogas fazem parte de nosso cotidiano desde longínquas eras. Há registros do consumo de ópio (Princípio ativo da Morfina, Codeína, Heroína, dentre outros) e Cannabis Sativa (Maconha) que datam 3.000 A.C.<sup>1</sup>

Usadas no início dos tempos em rituais pagãos e para aliviar a dor dos enfermos a humanidade vem fazendo uso de drogas desde os primórdios das civilizações, sendo cediço ao homem, desde tais épocas, alguns efeitos psíquicos ocasionados pelo uso destas substâncias.

O Brasil desde sua efetiva colonização, no auge das capitânicas hereditárias, busca combater o uso, o porte, e o comércio de entorpecentes.

A instituição das Ordenações Filipinas foi o primeiro esboço de uma legislação voltada ao combate das drogas, preceituando em seu título LXXXIX um dos primeiros dispositivos normativos que repreendia a venda de substâncias entorpecentes.

Nesse sentido, é mister trazer a lume a dicção do título LXXXIX das Ordenações Filipinas.

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosagar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamoneá, nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.(JUS NAVAGANDI, acesso em 05 de setembro de 2012)

Com a vinda da Família Real portuguesa para o Brasil em 1808 eram esperadas algumas mudanças significativas no que diz respeito a legislação de combate as drogas, entretanto, não foi o que ocorreu.

O disposto nas Ordenações Filipinas vigorou até a proclamação da independência por Dom Pedro I, em 1822. Não obstante, apenas com a outorga da constituição do império, datada do ano de 1824, houve mudanças no que tange a política penal do país.

---

<sup>1</sup> (Pompilio, 2008, p. 07)

Todavia, somente com o advento do Código Penal de 1890, a discussão concernente às drogas voltou a ser objeto de intervenção estatal.

“*Ex vi*”<sup>2</sup> do disposto no art. 159 da norma citada em epígrafe, o sujeito que “Expor á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários:” estava sujeito a “Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.”.

Em 14 de dezembro de 1932, com a aprovação da “Consolidação das Leis Penais” foi definido de forma expressa, mais especificamente no art. 159 da referida lei, o crime de tráfico de drogas.

A criação da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes instituída em 28 de abril de 1936 foi um marco extremamente importante na harmonização da legislação de combate as drogas no Brasil.

A referida comissão serviu como base para criação da Lei de Fiscalização de Entorpecentes publicada em 1938.

O Decreto nº. 780, de 28 de abril de 1936 estabelecia quais substâncias eram consideradas entorpecentes, bem como normatizava e controlava a extração, produção, transformação, preparação, posse, importação, exportação, transporte, venda e compra dessas substâncias.

O atual Código Penal elaborado em dezembro de 1940 previa em seu corpo, mais especificamente no art. 281, o qual foi posteriormente revogado pela lei 6.368/76, o crime de comércio clandestino ou facilitação para uso de entorpecentes.

Por força do revogado art. 281 do CP<sup>3</sup>, o legislador pátrio atribuía como crime condutas como importar, exportar vender e expor a venda substância entorpecente.

Como dito alhures, a lei 6.368/76 revogou o art. 281 do Código Penal, uma vez que a determinada lei regulava de forma específica as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinam dependência física ou psíquica.

Visando substituir a lei 6.368/76, a lei 10.409/02 foi inserida no ordenamento jurídico pátrio, todavia, o seu projeto de lei era eivado de

---

<sup>2</sup> *Ex vi*: Por força

<sup>3</sup> Art. 281 - Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

inconstitucionalidade, além de conter inúmeras deficiências técnicas, o que por consequência ocasionou o veto de sua parte penal, sendo tão somente aplicada a sua parte processual.

Nesse viés, a antiga sistemática da lei anti-drogas exteriorizava-se na conjugação de duas leis.

A legislação de combate às drogas era dividida na aplicação da lei 6.368/76 no que dizia respeito à parte penal da legislação antitóxicos, enquanto, a legislação de 2002 ficava com a responsabilidade de regulamentar a parte processual deste tema.

Ademais, a legislação pertinente ao tema era esparsa, pois englobava tanto a lei 6.368/76, quanto a lei 10.409/02.

No entanto, com o advento da lei 11.346/06, a mescla de normas oriunda das duas leis anteriores foi extinta pelo art. 75 da lei supracitada, o qual revogou expressamente a aplicação de ambos os diplomas legais.

A lei 11.343/06 foi elaborada com o objetivo de consubstanciar as antigas leis antitóxicos, denominadas por Fernando Capez (2008) de Centauros do Direito, haja vista a confusão jurídica determinada por estas duas normas.

Destarte, com o advento da lei 11.343/06 e com a consequente revogação das leis 6.368/76 e 10.409/02, ocorreram mudanças significativas no que diz respeito às condutas e penas aplicadas a usuários de drogas.

A nova redação do art. 28 alcança um leque bem maior de condutas, as quais, nas antigas leis, o sujeito infrator não estaria agasalhado pelas leves penas opostas aos usuários, podendo, anteriormente, sofrer as sanções oriundas do crime de tráfico de drogas.

### 3 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A LEI 11.343/06

Instituída em 23 (vinte e três) de agosto de 2006, a lei 11.343/06 foi instituída no intuito de estabelecer novas medidas de prevenção ao uso indevido de entorpecentes, prescrever mecanismos para reintegração social dos usuários e dependentes químicos, constituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, inserir no ordenamento jurídico pátrio os novos crimes relativos às drogas, bem como, o novo procedimento penal que rege os crimes previstos nesta lei.

A nova lei de Drogas tem aplicação em todo âmbito jurídico nacional, englobando a União os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Ademais, não se pode deixar de expor os preceitos esculpidos no parágrafo único<sup>4</sup> do art. 1º da lei 11.343/06, o qual conceitua como drogas todas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência química ou psíquica, conforme definido em lei ou em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

O art. 3º<sup>5</sup> da lei 11.343/06 aponta as finalidades do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. A título de curiosidade, se faz altamente ilustrativo trazer a lume o conceito expendido pelo jurista Guilherme de Souza Nucci sobre o tema em exame

SISNAD: é a atual denominação do Sistema Nacional Antidrogas, que era previsto no art. 3º da Lei 6.368/76 e regulamentado pelo Decreto 3.696/2000 (ambos já revogados). Esse sistema é composto pelos órgãos e entidades da Administração Pública que exercem as atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, bem como atuam na prevenção do uso indevido de drogas, que causem dependência física ou psíquica, além da atividade de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes. Atualmente, passa a ser designado como Sistema Nacional de Políticas públicas sobre Drogas. Seus objetivos e princípios gerais estão previstos, basicamente, nos arts. 3º, 4º e 5º desta Lei. (NUCCI, 2009, p. 547).

---

<sup>4</sup> Art. 1º (...) 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.

<sup>5</sup> Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

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

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

O art. 19 da lei 11.343/06<sup>6</sup>, exemplifica um enorme rol de princípios e diretrizes no que tange a implementação de medidas e políticas de combate ao uso e tráfico de drogas.

Visando ainda a reinserção social do usuário ou do dependente químico, e dos seus respectivos familiares os artigos 21<sup>7</sup> e 22<sup>8</sup> da lei 11.343/06 estabelecem

---

<sup>6</sup> Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>7</sup> Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

<sup>8</sup> Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

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

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

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

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

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

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

diretrizes e caminhos com intuito de integrar/reintegrar esses indivíduos em nosso sistema social.

Em consonância com a inteligência do art. 22 da lei 11.343/06, são princípios e diretrizes competentes para reinserção social do usuário ou do dependente químico, e dos seus respectivos familiares o respeito ao usuário e ao dependente de drogas, a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares, considerando suas peculiaridades socioculturais, a definição de projetos terapêuticos individualizados, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde, a atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais, a observância das orientações e normas emanadas do Conad, bem como o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Apesar de criada na data de 23 (vinte e três) de agosto de 2006, o art. 74<sup>9</sup> da lei 11.343/06 estabeleceu um período de *vacatio legis*<sup>10</sup> de 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação. Nesse sentido, a entrada em vigor da referida norma se deu plenamente em 8 (oito) de outubro de 2006.

Não obstante as louváveis intenções do legislador pátrio quando da criação da lei 11.343/06, é importante frisar que tal diploma legal não ficou alheio às críticas, uma vez que para parte da doutrina as questões relativas às drogas poderiam ter dado saltos mais significativos no país.

A corroborar o exposto acima, é imperioso transcrever os dizeres de Pinheiro Júnior.

Neste contexto, o legislador brasileiro deveria ter explorado com muito mais acuidade a fonte inspiradora da Lei n. 11.343/06 - a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Chamada Convenção de Viena - de forma a buscar uma resposta penal muito mais eficaz a tão grave forma de delinquência. Confrontando nossa nova Lei de Drogas com a legislação de outros países, inspiradas ou não pela Convenção de Viena, chegaremos a triste conclusão que a nossa nova Lei já não era tão nova assim ao tempo de sua promulgação. (JUSNAVIGANDI, acesso em 05 de outubro de 2012)

---

<sup>9</sup> Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

<sup>10</sup> *Vacatio legis* é uma expressão latina que significa "vacância da lei".

Há ainda juristas que entendem que a lei 11.343/06 possui o status de norma penal em branco. Nesse diapasão, insta mencionar a análise despendida por Guilherme de Souza Nucci.

Continua a Lei de Drogas a ser uma norma penal em branco, há órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas em geral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas. (NUCCI, 2009, p. 553)

Frise-se, que não se percebe junto à coletividade a eficácia social pretendida pela lei 11.343/06. Como outros diversos dispositivos normativos em vigor atualmente no Brasil, a nova lei de drogas sofre com a velha premissa de ser amplamente favorável a sociedade no plano abstrato, entretanto, deixando muito a desejar no âmbito objetivo e prático.

Entrementes, não há quaisquer dúvidas que a lei 11.343/06 trouxe avanços a política de combate às drogas, começando a galgar caminhos que se desentranham da noção arcaica de repressão ao uso de entorpecentes e abrindo os olhos para um problema que atualmente é de saúde pública e não do Direito Penal.

## 4 DO USUÁRIO

Como dito anteriormente, a lei 11.343/06 trouxe significativas mudanças relacionadas à figura do usuário de drogas.

A referida norma trouxe à baila jurídica uma nova interpretação sobre quais indivíduos e quais condutas seriam consideradas condutas praticadas por usuários de entorpecentes.

A antiga lei antidrogas considerava como “usuários” os indivíduos que praticavam as condutas previstas em seu artigo 16<sup>11</sup>.

Já a lei 11.343/06 estendeu o leque de condutas que podem ser consideradas atos praticados por usuários, divergindo e selecionando de forma mais específica e clara quem seria considerado “usuário” de drogas. Ademais, alterou as penas impostas aos usuários, não atribuindo a estes sujeitos penas privativas de liberdade.

Não obstante, criou sanções que vão de advertências sobre os efeitos das drogas à medidas educativas de comparecimento a programa ou cursos educativos.

Nesse diapasão, as condutas elencadas como típicas no art. 16 da antiga lei de drogas foram reconduzidas na nova lei para o art. 28<sup>12</sup>, incluindo-se ainda no novo tipo penal as condutas de “ter em depósito” e “transportar”.

Conforme já mencionado outrora, a lei 11.343/06 alterou de forma significativa as penas atribuídas aos usuários de drogas. Os incisos I, II e III<sup>13</sup> do art. 28 da citada lei preveem as penas impostas aos usuários de drogas.

---

<sup>11</sup> Art. 16 Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena: detenção de 06(seis) meses a 2(dois) anos e pagamento de 20 à 50 dias multas.

<sup>12</sup> 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:

(...)

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

<sup>13</sup> Art. 28. (...)

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

O professor Guilherme de Souza Nucci tece em sua obra importantíssimas considerações sobre o art. 28 da lei 11.343/06, conforme denota-se abaixo.

Análise do núcleo do tipo: adquirir (comprar, obter mediante certo preço), guardar (tomar conta de algo, proteger), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro) ou trazer consigo (transportar junto ao corpo) são as condutas, cujo objeto é a droga (substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica). Difere este crime do previsto no art. 33, justamente em face da finalidade específica do agente (consumo pessoal). 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 e 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 a que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência em curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa. Nem contravenção penal recebeu tratamento tão benigno do legislador. Outro ponto a ser analisado diz respeito ao uso do entorpecente, que não consta no tipo, logo, não é incriminado. A despeito de se ter editado uma nova lei antitóxicos, se alguém for surpreendido usando a droga (ex: cocaína injetada na veia), sem possibilidade de se encontrar a substância entorpecente em seu poder, não pode ser punido. (NUCCI, 2009, p. 554)

Diante de tais argumentos, o presente trabalho irá estudar de forma mais abrangente o crime de “porte de drogas para consumo pessoal”, previsto no art. 28 da lei 11.343/06, a fim de contribuir para discussão travada com base nas teses da “despenalização” e “descriminalização” do dispositivo penal supracitado.

## 5 ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06

### 5.1 Condutas típicas

Diversas são as condutas incriminadoras inseridas no art. 28 da lei 11.343/06, consistindo, portanto, tal figura jurídica um tipo penal misto alternativo.

O primeiro verbo incriminador é “adquirir”, ou seja, obter mediante troca, compra ou a título gratuito droga para consumo pessoal.

Logo em seguida, a conduta de “guardar”, que consiste em reter droga em nome e à disposição de outra pessoa, foi estabelecida como outro ato ilícito constante do art. 28 da lei 11.343/06.

No mesmo contexto, temos os verbos incriminadores “ter em depósito”<sup>14</sup>, “transportar”<sup>15</sup> e “trazer consigo”<sup>16</sup>.

Além dos verbos “ter em depósito” e “transportar”, a lei 11.343/06 passou a incriminar as condutas de semear, cultivar ou colher, para consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Apesar de serem consideradas inovações da lei 11.343/06, as condutas acima descritas já eram previstas na revogada lei 6.368/76, todavia, tais figuras jurídicas eram equiparadas e constituíam-se como sendo o crime de tráfico de drogas.

Nesse contexto, Fernando Capez conceitua as três ações nucleares típicas que atualmente fazem parte do rol dos crimes praticados por usuários de drogas.

Semear: é espalhar, propalar, deitar, lançar sementes ao solo para que germinem. O crime é instantâneo, pois se consuma no instante em que a semente é colocada na terra. No tocante à posse de sementes de plantas que no futuro serão apresentadas como droga, em regra, constitui fato atípico por ausência de prescrição legal; porém, se nas sementes for encontrado princípio ativo de alguma droga, será considerado crime. Neste caso, não por ser semente, mas por ter idoneidade para gerar a dependência, o que a torna objeto material do crime (passa a ser considerada a própria droga), salvo se não constante da relação baixada pelo Ministério da Saúde. Desse modo, se as sementes tiverem aptidão para gerar dependência física ou psíquica, serão consideradas droga (por terem princípio ativo), devendo o fato se enquadrar no art. 33 ou no art. 28,

---

<sup>14</sup> Reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo. (Conduta típica introduzida pela lei 11.343/06).

<sup>15</sup> Empregar meio de transporte para levar/carregar droga. Levar droga por um meio de locomoção qualquer. (Conduta típica introduzida pela lei 11.343/06).

<sup>16</sup> Levar droga junto a si, sem o auxílio de qualquer meio de locomoção/transporte.

conforme o caso (intenção de consumo pessoal ou não); não tendo princípio ativo, não constituirão o objeto material do tráfico de drogas, nem do porte para consumo pessoal, e também não tipificarão a conduta de semear, pois ter a semente não é o mesmo que semear, constituindo-se, no máximo, ato preparatório e, portanto, irrelevante penal.

Cultivar: é fertilizar a terra pelo trabalho, dar condições para o nascimento da planta, cuidar da plantação, para que esta se desenvolva. É figura permanente, protraindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e existir um vínculo entre o indivíduo e a plantação.

Colher: é retirar, recolher a planta, extraíndo-a do solo. (CAPEZ, 2008, p. 764)

Feitos tais comentários, passa a expor a objetividade jurídica do art. 28 da lei 11.343/06.

## 5.2 Objetividade Jurídica

Antes de adentrar no tópico denominado “objetividade jurídica” é mister enaltecer alguns comentários sobre o princípio da alteridade.

O princípio da alteridade ou transcendentalidade impede a incriminação de conduta que prejudica somente ao agente, ou seja, proíbe a incriminação de ações internas e que só digam respeito ao mesmo.

Se as ações do indivíduo limitam-se apenas ao seu interior, não transcendendo ao ambiente externo, e por conseqüência não ferindo, prejudicando ou lesando interesses de outrem, impossível a aplicação do “*jus puniendi*”<sup>17</sup> pelo Estado.

De forma mais simplória, o princípio da alteridade ou transcendentalidade impede que o Estado puna determinado indivíduo por praticar condutas que prejudiquem somente à sua saúde e seus interesses.

No crime previsto no art. 28 da lei 11.343/06 há quem alegue, incluindo-se neste rol o usuário que é detido por praticar as condutas insertas no dispositivo penal supramencionado, a violação do princípio da alteridade, afinal, quem usa drogas prejudica tão somente a si mesmo, o que não justificaria uma intervenção repressiva do Estado.

No entanto, tal argumento não vingará no âmbito jurídico, uma vez que o art. 28 da lei 11.343/06 não tipifica a conduta de “usar droga”, mas apenas o porte,

---

<sup>17</sup> “O *jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado. Etimologicamente, a expressão

pois, a finalidade da norma é coibir a circulação das drogas, sua disseminação, bem como, o perigo social que estas representam.

À guisa de corroboração, impende destacar o entendimento expendido por Fernando Capez.

Proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente e que por essa razão, só faz mal a ele mesmo e a mais ninguém. Sem que a conduta transcenda a figura do autor e se torne capaz de ferir o interesse do outro (*altero*), é impossível ao Direito Penal pretender puni-la. O princípio da alteridade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua saúde e interesse. Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma é sempre o interesse de terceiros, de forma que seria inconcebível, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido ou um fanático que se açoita. É por isso que a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros, como na autoagressão cometida com o fim de fraude ao seguro, em que a instituição seguradora será vítima de estelionato (art. 171, § 2, V do CP). No delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, poder-si-ia alegar ofensa a esse princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal à própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (os usuários costumam dizer: “se eu uso droga, ninguém tem nada haver com isso, pois o único prejudicado sou eu”). Tal argumento não convence. A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28. (CAPEZ, 2008, p. 755)

Partindo desse pressuposto, percebe-se que o objeto jurídico do art. 28 da lei 11.343/06 é a saúde pública, e não o usuário.

### 5.3 Sujeitos do crime

Considera-se qualquer pessoa como sujeito ativo do crime tipificado pelo art. 28 da lei 11.343/06, tendo em vista tal conduta se tratar de crime comum.

Já como sujeito passivo tem-se a coletividade, haja vista que, como já explanado anteriormente, o intuito da lei não é punir o porte da droga para uso pessoal, mas sim, o mal potencial que estas substâncias podem provocar à coletividade.

#### 5.3.1 Objeto material

Ressalta-se, como sendo o objeto material da norma em estudo a própria droga. Diferentemente da concepção da revogada lei 6.368/76, a lei 11.343/06 não se utiliza mais da expressão “substância entorpecente ou que determine dependência química ou psíquica” para conceituar o objeto material de seu artigo 28.

Em consonância com a inteligência do art. 66<sup>18</sup> da lei 11.343/06, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS n. 344 de 12 de maio de 1988.

### 5.3.2 Elemento normativo do tipo

Para a concretização do crime inserto no art. 28 da lei mencionada em epígrafe, é necessário que as condutas descritas no tipo penal violem disposições legais ou regulamentares expedidas pelo Poder Público.

As expressões “sem autorização” e “em desacordo com determinação legal ou regulamentar” constituem elemento normativo do tipo penal<sup>19</sup>. Vale dizer, que tais expressões são fatores vinculantes para a ilicitude das condutas descritas na norma em análise, pois, uma vez inseridas no núcleo incriminador do artigo acabam se confundindo com o próprio tipo penal, sendo, que a inobservância de tais aspectos transforma o fato em atípico.

Nesse passo, quer dizer que se o agente estiver devidamente autorizado a praticar as condutas previstas no art. 28 da lei 11.343/06 não há que se falar em crime, pois, o fato praticado por este indivíduo é considerado atípico.

Nesse viés, se faz altamente ilustrativo trazer a lume o entendimento sufragado pelo jurista Guilherme de Souza Nucci.

*A expressão sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar constitui fator vinculado à ilicitude, porém inserido no tipo incriminador torna-se elemento deste e, uma vez que não seja preenchido, transforma o fato em atípico. Portanto, adquirir, guardar, ter em depósito (etc.) drogas, para consumo pessoal, devidamente autorizado, é fato atípico. Pensamos que essa situação é excepcional, sob pena de se gerar contradição patente. Não é viável, por ora, autorizar alguém a manter cocaína em casa, para uso próprio. Porém, cuidando-se de um doente, em estado muito grave, pode ser possível a manutenção de morfina, para*

---

<sup>18</sup> Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

<sup>19</sup> Elemento normativo do tipo é aquele cujo significado exige prévia interpretação pelo juiz.

consumo pessoal, como meio de amenizar a dor provocada por alguma enfermidade. Seria, pois, fato atípico. (NUCCI, 2009, p. 548)

### 5.3.3 Possibilidade de tentativa

Salienta-se, a possibilidade de tentativa na figura penal constante do art. 28 da lei 11.343/06, tendo em vista ser possível que no momento do ato executório da aquisição, o agente seja interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade.

### 5.4 Critério para aferição da finalidade de uso pessoal

Distinguir o crime de tráfico ilícito de entorpecentes do simples porte para uso pessoal consiste em uma árdua e dificultosa tarefa.

Um dos motivos da dificuldade de se distinguir um instituto do outro pode ser vislumbrando no próprio art. 33<sup>20</sup> da lei 11.343/06, que, igualmente ao art. 28 da referida norma, também possui a conduta “trazer consigo” como um dos verbos incriminadores do tipo penal tráfico ilícito de drogas.

Para uma correta tipificação das condutas atribuídas ao crime de porte para uso pessoal, é necessário que o operador do direito atente-se para a previsão constante no art. 28, §2º da lei 11.343/06<sup>21</sup>.

Destarte, é imprescindível analisar a natureza da droga, sua quantidade, local onde foi apreendida, circunstâncias que envolvam a ação e a prisão do agente, a conduta e os antecedentes do agente, bem como suas circunstâncias sociais e pessoais.

A esse propósito, mister destacar os argumentos perfilados nos julgados abaixo.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA QUE ABSOLVEU O ACUSADO, CONSIDERANDO QUE A CONDUTA DO ART. 28, CAPUT,

---

<sup>20</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

<sup>21</sup> Art. 28. (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

DA LEI N. 11.343/06 (USO DE ENTORPECENTES) É ATÍPICA. APELO MINISTERIAL. REQUERIMENTO DE CONDENAÇÃO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS. ACUSADO QUE ADMITIU A POSSE DO ENTORPECENTE. RELATO QUE FOI CORROBORADO POR TESTEMUNHAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. SOBRESTAMENTO DOS EFEITOS DA DECISÃO. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA A VERIFICAÇÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES. *TJSC - Apelação Criminal: ACR 250575 SC 2011.025057-5, Processo: ACR 250575 SC 2011.025057-5, Relator(a): Alexandre d'Ivanenko, Julgamento: 19/07/2011, Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal.*

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. AGENTE ENCONTRADO COM 1 (UMA) PEDRA DE CRACK. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADA. ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DISPOSTO NO ART. 28 DA LEI N. 11343/06. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE MERCÂNCIA. PLEITO ACOLHIDO.

1 - Tendo o apelante confessado a propriedade da substância e sua destinação para o uso próprio, deve ele, ser condenado nas sanções do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, com base na aplicação do brocardo in dubio pro reo, porquanto inexistentes os indícios que apontem à traficância. Dosimetria. art. 28, caput, da lei n. 11.343/06. Prestação de serviços à comunidade. Remessa dos autos ao juizado especial criminal. "Levando-se em consideração que este novo delito se enquadra na categoria de menor potencial ofensivo, imprescindível a observância dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95" (Ap. Crim. n. Rel. Des. Torres Marques, j. 7-7-2009).

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. *(599580 SC 2009.059958-0, Relator: Alexandre d'Ivanenko, Data de Julgamento: 29/01/2010, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n., de Araranguá)*

Ao contrário do que prega o senso comum, a quantidade de droga, apesar de importante, não é o fator exclusivo para comprovar a finalidade de uso, devendo ser sobrelevadas todas as circunstâncias anteriormente levantadas para uma análise técnica e justa do crime destinado tão somente aos usuários de drogas.

## 5.5 Penas

As penas cominadas aos usuários são: I – a advertência sobre os efeitos das drogas; II – a prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

As penas previstas nos incisos II e III terão duração máxima de 05 (cinco) meses, conforme o art. 28, §3º da lei 11.343/06<sup>22</sup>. Entretanto, segundo o

<sup>22</sup> Art. 28. (...) § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

comando inserto no art. 28, §4º da lei 11.343/06<sup>23</sup>, sendo o agente reincidente, o prazo máximo das penas cominadas ao usuário será de 10 (dez) meses.

A pena de prestação de serviços à comunidade será cumprida em consonância com o §5º, do art. 28 da lei 11.343/06<sup>24</sup>.

Dessa feita, para garantir a eficácia das medidas aplicadas, pode o juiz, caso o agente se recuse injustificadamente a cumprir sua reprimenda, aplicar sucessivamente a admoestação verbal ou a multa, que neste caso tem caráter de prestação pecuniária.

Nos casos onde a aplicação da multa se faz imprescindível, o juiz, atendendo a reprovabilidade da conduta, fixará o total de dias-multa, em patamar nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem).

Levando em conta a situação econômica do réu, no que tange ao valor do dia-multa, este varia de 1/30 a 3 vezes o valor do salário mínimo vigente, consoante à dicção do art. 29 da lei 11.343/06<sup>25</sup>.

Anteriormente a lei 11.343/06, a pena cominada era a privativa de liberdade, variando entre 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção, além do pagamento de multa.

Impera mencionar, que de acordo com a nova lei de drogas, o usuário possui a sua disposição, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Todavia, tal premissa dificilmente é vislustrada na prática, haja vista a falta de estrutura de nosso país, o qual não possui estabelecimentos adequados para o tratamento de dependentes químicos.

Conforme o art. 30 da lei 11.343/06<sup>26</sup>, a prescrição da pretensão punitiva e executória do Estado se concretiza em 2 (dois) anos, observando no que couber o Código Penal no que diz respeito a interrupção do prazo precricional.

---

<sup>23</sup> Art. 28. (...) § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

<sup>24</sup> Art. 28. (...) § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

<sup>25</sup> Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

<sup>26</sup> Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Como já explanado, a lei 11.343/06 adotou políticas de redução de dano, estipulando tratamentos especializados e gratuitos para os usuários de drogas, trazendo relevantes mudanças no cenário jurídico nacional, auxiliando a desmitificar a antiga noção de repressão ao uso de entorpecentes e abrindo os olhos para um problema que atualmente é de saúde pública.

## 5.6 Procedimento Penal

O procedimento penal adequado é aquele previsto para os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, de competência do Juizado Especial Criminal.

Urge trazer a baila, que quando se tratar do concurso dos crimes previstos no art. 28 e os crimes previstos nos arts. 33 a 37 da lei 11.343/08 a competência dos Juizados Especiais Criminais é relativizada.

A prisão em flagrante é vedada, devendo o agente ser imediatamente encaminhado ao juízo competente. Na falta deste, poderá o agente assumir o compromisso de a ele comparecer, na medida em que será lavrado o respectivo termo circunstanciado de ocorrência, providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessárias.

Nessa toada, quando o agente é surpreendido praticando a conduta típica inserta no art. 28 da lei 11.343/06, este deverá, primeiramente, ser conduzido ao Juizado Especial Criminal, bem como, ter a droga apreendida.

Em segundo plano, na falta do juízo competente, o agente se comprometerá a ele comparecer, devendo ser providenciadas as demais requisições e exames necessários.

Faz-se mister enaltecer, a hipótese do agente apreendido se recusar a assumir o compromisso de comparecer na sede dos Juizados Especiais. Nestes casos, poderá a autoridade policial lavrar auto de prisão em flagrante?

Segundo a mais abalizada doutrina a resposta é negativa, pois, não obstante ao art. 69, parágrafo único da lei 9.099/95<sup>27</sup>, a imposição do flagrante ao

---

<sup>27</sup> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se

usuário não é possível, haja vista que a lei 11.343/06 não prevê penas privativas de liberdade aos usuários de drogas.

Sobre a possibilidade de se compelir o agente a assinar o Termo de Compromisso de comparecimento à audiência de conciliação, impende destacar os seguintes posicionamentos.

Mesmo quando o agente se recuse a ir a juízo, ainda assim não se lavra o auto de prisão em flagrante contra o usuário de droga (ou contra quem semeia ou cultiva planta tóxica para consumo pessoal). Lavra-se o termo circunstanciado. Esse mesmo autor do fato que se recusou a ir a juízo, caso não atenda à intimação judicial para comparecer à audiência de conciliação, pode ser conduzido coercitivamente. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, Nova Lei de Drogas comentada, Editora RT. 1ª edição. São Paulo – SP.

Os Tribunais Superiores têm reiterado que o infrator não é obrigado a produzir prova contra si, podendo permanecer em silêncio, se negar à produção de qualquer prova que possa lhe ser prejudicial, sem que isso cause prejuízo à sua defesa; aliás, são formas de defesa, garantidas constitucionalmente no art. 5º, incisos LV e LXIII da Lei Magna, Como corolário dessa garantia, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal, invocado em uma série de vezes em razão dos escândalos proporcionados por alguns de nossos parlamentares em meio a malfadadas CPIs (Mensalão, Ambulâncias, Armas, etc.), acabou tornando público o pacífico entendimento de que os investigados não são obrigados a ratificar Termo de Compromisso o que, obviamente, em face da analogia, se estende para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Assim, não há a menor possibilidade de o agente “pego” fumando maconha ser compelido a assinar Termo de Compromisso, sob pena de constrangimento ilegal, passível de combate através de habeas corpus. (THUMS, 2007, p. 647)

No que diz respeito ao art. 76 da Lei 9.009/95<sup>28</sup>, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata das penas prevista no art. 28 da lei 11.343/06, devendo tal medida ser especificada na proposta.

Por fim, concluídos os demais procedimentos, o agente será submetido a exame de corpo delito, se o requerer ou se a autoridade policial entender conveniente, para posteriormente ser liberado.

---

exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

<sup>28</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

## **6 O INSTITUTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA DESPENALIZAÇÃO FRENTE AO ART. 28 DA LEI 11.343/06**

No conceito de Luiz Flávio Gomes (2006, p. 108) “descriminalizar” é “retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal).”.

Desde a entrada em vigor da lei 11.343/06, e da conseqüente mudança do crime e das penas previstas aos usuários de drogas, criou-se uma discussão doutrinária no que tange ao art. 28 da lei de Drogas.

Tal discussão gira em torno dos institutos da despenalização e descriminalização.

Conforme visto outrora, o instituto da “descriminalização” consiste em retirar do fato criminoso a circunstância essencial que o torna relevante para o Direito Penal, qual seja sua tipicidade.

Antes do advento da lei 11.343/06, o comportamento descrito no art. 16 da lei 6.368/76, atualmente descrito no art. 28 da lei 11.343/06, sem sombra de dúvidas era considerado crime.

Entretanto, tendo o art. 28 da lei 11.343/06 revogado o art. 16 da antiga lei de drogas, bem como, modificado as penas impostas aos usuários, impossibilitando a aplicação de penas privativas de liberdade, a discussão sobre a ocorrência do instituto da descriminalização da conduta imposta ao usuário no art. 28 ganhou força.

Sobre o tema em exame, diversos juristas deram seu posicionamento, contribuindo assim para a discussão da matéria.

Um dos primeiros a levantar a questão da descriminalização do art. 28 da lei 11.343/06 foi Luiz Flávio Gomes (2006), haja vista que no entendimento deste jurista o legislador exterminou o “caráter” criminoso da conduta quando deixou de aplicar penas privativas de liberdade aos usuários.

O fundamento de tal corrente doutrinária, parte da premissa do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para os defensores da descriminalização, o referido diploma legal corrobora a tese levantada, estabelecendo a aplicação da descriminalização ao art. 28 da lei 11.343/06, haja vista que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que para ser considerado crime a conduta deve ser alcançada pela lei como passível de cominação de pena de reclusão ou detenção.

Destarte, ilustra tal pensamento os dizeres do jurista Luis Flávio Gomes.

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' 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. (JUS NAVIGANDI, acesso em 11 de outubro de 2012)

Não há que se tentar ainda enquadrar a norma esculpida no art. 28 da lei 11.343/06 como sendo contravenção penal, pois, para essa corrente as penas cominadas para a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal são, exclusivamente, alternativas, pertencendo a uma categoria *sui generis*<sup>30</sup>.

Há quem diga que as novas sanções atribuídas ao crime de porte de drogas para consumo pessoal são similares às medidas sócio-educativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa toada, a aplicação das penas do art. 28 não possuem relevância no âmbito penal, passando-se a entendê-las como as medidas sócio-educativas aplicadas aos adolescentes.

De acordo com a obra de Rogério Cunha Sanches (2006), o art. 28 da lei 11.343/06 foi alcançado pela figura da descriminalização formal, extinguindo-se o caráter criminoso das condutas.

---

<sup>30</sup> O termo *Sui generis*, de origem latina, significa, literalmente, "de seu próprio gênero", ou seja, "único em seu gênero".

Ao mesmo tempo, partindo do posicionamento levantado por Sanches, tendo o art. 28 da lei 11.343/06 impossibilitado a pena de prisão aos usuários de drogas, o referido diploma legal também teria sido despenalizado.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). (REDE DE ENSINO LUIS FLÁVIO GOMES, acesso em: 25 nov. 2011).

Além de Luis Flávio Gomes (2010) e Rogério Cunha Sanches (2006), Maria Lúcia Karan (2002), e Alice Bianchini (2010) defendem que as condutas praticadas por usuários de drogas foram alcançadas pelo instituto da descriminalização.

Antes mesmo do advento da lei 11.343/06, Maria Lúcia Karan (2002) preceituava em sua obra que o uso de drogas era uma questão íntima do indivíduo, não sendo competência do Estado interferir em tais situações, pois, estas não envolvem ofensa à saúde pública.

A simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito – penetrar. Assim, como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas, que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão. (KARAN, 2002, p. 136.)

Como dito alhures, os defensores da descriminalização baseiam-se no princípio da alteridade ou transcendentalidade, que impede a incriminação de conduta que prejudica somente ao agente, ou seja, proíbe a incriminação de ações internas e que só digam respeito ao mesmo.

Entendimento sufragado na égide do pensamento de Alice Bianchini, o art. 28 da lei 11.343/06, como para muitos, não foi acolhido pelo instituto da despenalização, sendo este, alcançado pela descriminalização substancial ou *abolitio criminis*<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> *Abolitio criminis* é uma forma de tornar atípica penalmente uma conduta até então proibida pela lei penal.

O instituto da *abolitio criminis* ocorre quando uma lei nova trata como lícito fato anteriormente tido como criminoso, ou melhor, quando a lei nova descriminaliza fato que era considerado infração penal. Não se confunde a descriminalização com a despenalização, haja vista a primeira delas retira o caráter ilícito do fato, enquanto que a outra é o conjunto de medidas que visam eliminar ou suavizar a pena de prisão. Assim, na despenalização o crime ainda é considerado um delito. (BIANCHINI, 2010, p.897).

O maior alçoz do instituto da despenalização, e defensor ferrenho da descriminalização do art. 28 da lei 11.343/06, Luis Flávio Gomes disserta em sua obra o seguinte.

A etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico; o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais; (POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL: CRIME, INFRAÇÃO PENAL "SUI GENERIS" OU INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA? acesso em: 25 nov. 2011).

Na mesma linha de raciocínio, Rogério Cunha Sanches (2006) afirma que a polêmica em torno da despenalização e da discriminalização do art. 28 da lei 11.343/06 continua viva.

No tocante ao instituto da despenalização, podemos conceitua-lo como sendo um suavizador de penas, o qual mitiga ou exclui a pena privativa de liberdade.

Nesse passo, é de todo o oportuno trazer a lume o posicionamento dos Tribunais pátrios sobre a matéria exarada.

ENTORPECENTES – USO – LEI NOVA – LEI 11.343/2006 – DESCRIMINALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA. Em que pese não haver mais previsão legal para a aplicação de pena privativa de liberdade nos casos da conduta de porte de entorpecentes para consumo próprio, mesmo nos casos de reincidência delitiva, não foi ela retirada do alcance do Direito Penal, tendo ocorrido, apenas, mitigação, da sanção imposta, por meio da aplicação de pena restritiva de direitos, sendo, assim, caso de *novatio legis in mellius* e não de *abolitio criminis*. (2ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.119.520-3 – Rel. Magid Nauef Láuar).

HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA SOB O ARGUMENTO DE OCORRÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI 6.368/76. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA

ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA. SUBSISTÊNCIA DA CONDENAÇÃO ANTERIOR PARA FINS DE REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO SOCIAL DEMONSTRADA.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização. RE 430.105 2811.3433. Em que pese a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o acusado reincidente, o artigo 44, § 3º, do Código Penal, abre a possibilidade de substituição "desde que, em face da condenação anterior, a pena seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime." In casu, a substituição não seria recomendável nem suficiente à reprovação da conduta delituosa, conforme decisão da Corte estadual. 44§ 3º Código Penal.

4. Habeas Corpus não conhecido. (114766 SP 2008/0194422-1, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CRIME COMETIDO EM MOMENTO POSTERIOR À CUSTÓDIA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76. DESPENALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

É inviável a aplicação da detração penal em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar.

2. Na hipótese dos autos, portanto, não há que se falar em detração da pena imposta. O paciente cumpriu prisão cautelar no período compreendido de 8/12/1999 a 12/9/2000 e de 7/8/2001 a 8/7/2002. Em seguida, foi condenado por outro delito, cometido em data posterior, a saber, em 27/11/2007.

3. A esta condenação não pode ser aplicada a detração penal, no tocante ao período em que o paciente esteve preso cautelarmente em outros feitos criminais. Entender de maneira contrária seria como conceder ao indivíduo possível "crédito" a quem cometesse uma nova infração penal sem ser punido. Precedentes do STJ.

4. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não houve descriminalização da conduta prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76 pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, mas despenalização. (RE 430.105QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 13/2/2007). A conduta criminosa não foi abolida pela nova lei. Foi apenas imposta sanção de ordem diversa, de modo que não há que ser reconhecido o crédito de pena.

5. Ordem denegada. (154776 MG 2009/0230561-3, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 03/05/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2011)

Nessa linha de raciocínio, Luiz Flávio Gomes (2006) conceitua o instituto da despenalização da seguinte forma.

Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso de pena de prisão, mas mantendo – se intacto o caráter de ‘crime’ da infração (o fato continua sendo infração penal). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para o delito. (REVISTA DOS TRIBUNAIS, acesso em: 27 de out. 2011).

Partindo do entendimento de juristas como Fernando Capez (2008), Alexandre Bizzotto (2009) e Andréia de Brito Rodrigues (2009), houve a despenalização dos atos praticados pelo usuário, haja vista a não atribuição a estes sujeitos de penas privativas de liberdade.

Para Fernando Capez os fatos oriundos do art. 28 da lei 11.343/06 continuam a ter natureza de crime, uma vez que a própria legislação de combate as drogas inseriu o art. 28 no capítulo relativo aos crimes e as penas.

Frise-se, que além do argumento acima exposto, os defensores da despenalização justificam sua tese no fato das sanções previstas no art. 28 da lei 11.343/06 serem somente aplicadas por juiz criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, §1º, da nova Lei de Drogas.

Na égide da despenalização do art. 28 da lei 11.343/06, faz-se mister enaltecer que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XLVI<sup>32</sup>, dispõe sobre as espécies de penas existentes em nosso ordenamento jurídico.

As penas previstas no art. 28 da lei 11.343/06 estão em perfeita consonância com a CRFB/88, pois, são penas com caráter de prestação social ou restrição de direitos.

Nesse diapasão, o fato da lei 11.343/06 não atribuir pena privativa de liberdade ao usuário de Drogas, não retira o caráter criminal da conduta inserta no art. 28 do referido diploma legal.

Para Sepúlveda Pertence (2006) o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não é obstáculo para que a lei 11.343/06 crie crime sem imposição de pena privativa de liberdade.

---

<sup>32</sup> Art. 5º. XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

Por cuidar de matéria penal, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal foi recepcionado pela Constituição como sendo uma legislação ordinária, limitando-se a estabelecer balizas para se distinguir contravenções penais de crime.

Nesse ínterim, não há óbice para que a legislação ordinária superveniente crie determinados crimes cuja aplicação de pena privativa de liberdade se faz prescindível, tendo em vista que a criação de tais tipos penais constitui tão somente em uma opção prevista constitucionalmente dos tipos de penas que legislador pode atribuir a certas condutas.

Visando ainda justificar a implicação do instituto da despenalização no art. 28 da lei 11.343/06, impera salientar que em consonância com o art. 63 do Código Penal<sup>33</sup> e art. 7º da Lei de Contravenções Penais<sup>34</sup>, considera-se reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal.

Nesse viés, tendo o art. 28, §4º da lei 11.343/06 estabelecido critérios para a atribuição da reincidência, a conduta descrita em seu caput não foi descriminalizada.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento da jurisprudência nacional sobre a matéria em exame.

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO TENTADO. CONDENAÇÃO ANTERIOR COMO INCURSO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

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

2. Já a condenação extinta em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não gera qualquer efeito ao acusado, nem tampouco a possibilidade de reconhecimento da reincidência.

3. O acréscimo da pena em 1/3 (um terço) por duas agravantes de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via do habeas corpus. Precedentes.

---

<sup>33</sup> Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

<sup>34</sup> Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

4. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para fixar a pena do Paciente em 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, nos termos do voto. (242064 SP 2012/0095553-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. APONTAMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. § 4º.

É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, a instância ordinária verificou que o paciente possui maus antecedentes.

3. Ademais, "O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de abolição criminis ou de infração penal sui generis, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência." (HC 113.645/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 22/11/2010). Não há que se falar em bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. É que a reincidência, além de agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei. Entre eles, a não aplicação da referida causa de diminuição de pena. Precedentes. § 4º 3311.3435. Ordem denegada. (149319 SP 2009/0192716-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/10/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DESPENALIZAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. CRIME. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTERRUÇÃO DO LAPSO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Art. 28 da Lei n. 11.343/06. Natureza jurídica da conduta: crime. O Supremo Tribunal Federal afirmou que a despenalização operada pelo aludido diploma legislativo não acarretou a descriminalização do fato, subsistindo a sua feição de crime. RE n. 430105 QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 2811.3432. O porte de drogas ilícitas para consumo é crime, logo quem pratica a conduta descrita no tipo, comete falta grave, nos termos do art. 52 da LEP. A Sexta Turma desta Corte Superior firmou o entendimento de que, ante a ausência de previsão legal, o cometimento de falta grave não interrompe o prazo para a progressão de regime. 4. Ordem parcialmente concedida, a fim de afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para a progressão de regime, ante a perpetração de falta grave, cabendo ao Juízo da Execução a análise dos demais requisitos objetivos e subjetivos, nos termos do disposto no art. 112 da LEP. (201083 DF 2011/0061871-8, Relator: Ministro VASCO

*DELLA GIUSTINA* (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 09/08/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2011)

Segundo o comando inserto no art. 30 da lei 11.343/06, a imposição e a execução das penas previstas no art. 28 prescrevem em 02 (dois) anos.

Como cediço, apenas crimes e contravenções penais prescrevem, o que leva a crer que o legislador no momento da criação da norma entendeu por bem considerar crime o porte de droga para consumo pessoal.

Conforme se depreende do abordado anteriormente, os crimes previstos no art. 28 da lei 11.343/06 devem ser julgados e processados de acordo com o procedimento sumaríssimo, previsto na lei 9.099/95, e próprio para o julgamento de crimes de menor potencial ofensivo.

Luiz Flávio Gomes (2007) diz ainda que o art. 28 da lei 11.343/06 trata-se de crime com astreintes<sup>35</sup>, haja vista a aplicação das medidas impostas no §6º do art. 28 em caso de descumprimento das penas pelo agente.

Alexandre Bizzotto (2009) e Andréia de Brito Rodrigues (2009) consideram que o art. 28 da nova lei de drogas foi despenalizado, e não descriminalizado. Nesse escopo, impera ressaltar a obra de Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues.

É preciso deixar claro, então, que não houve descriminalização legislativa, mas sim uma despenalização das condutas ligadas ao consumo de drogas. A Constituição, em seu art. 5º, XLVI, previu uma série de penas. Sob a égide constitucional, não é necessário existir uma pena privativa de liberdade para que exista crime. A prisão é somente uma das modalidades de penas permitidas constitucionalmente e a opção de não se cominar prisão não significa a inexistência de crime. Não obstante não tenha ocorrida descriminalização legislativa, nada impede que seja dada vida à descriminalização judicial [...].(BIZZOTTO; RODRIGUES, 2009, p. 40).

Renato Marcão (2007) rebate a corrente defendida precipuamente por Luiz Flávio Gomes (2006), ponderando que não houve a descriminalização da conduta inserta no art. 28 da lei 11.343/06.

Sua posição baseia-se no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal, embora seja clara no que pretende informar, está ultrapassada, uma vez que na época em que foi criada, a noção de penas alternativas não aflorava de forma tão cristalina quanto hoje.

---

<sup>35</sup> Multa coativa, prevista no art. 461 no CPC.

As penas alternativas surgiram tão somente na parte geral do Código Penal com a reforma de 1984. Destarte, o Direito Penal que vigorava era bem diferente do atual, com objetivos e intenções diversos dos de hoje em dia.

Em 1940, ano em que o Código Penal foi instituído, não se tinha a noção de uma pena principal, tão pouco que fosse a pena privativa de liberdade.

Nesse ínterim, surgiu-se a definição do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que a seu tempo era adequada.

A ideia estabelecida pelo art. 1º da lei de Introdução ao Código Penal encontra-se ultrapassada, uma vez que nos dias atuais a falta de cominação de pena restritiva de liberdade não afasta a possibilidade de determinada conduta descrita em lei ser considerada crime ou contravenção penal.

Para Vicente Greco Filho (2008) a conduta descrita pelo art. 28 da lei 11.343/06 não foi descriminalizada, nem tão pouco, despenalizada.

O citado jurista fundamenta sua ideia sob o argumentando de que as penas atribuídas aos usuários de drogas são próprias e específicas do tipo penal, não deixando de se caracterizar como sanções penais.



Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução do 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 do decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar. (FILHO, Vicente Greco, 2008, pág. 44.).



Apesar dos concretos fundamentos de ambas as correntes doutrinárias, a jurisprudência nacional vem firmando o entendimento pela despenalização da conduta inserta no art. 28 da lei 11.343/06, conforme bem ilustrado abaixo.

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI 11.343/06. INOCORRÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de portar substância entorpecente para uso próprio, apenas cominando novas modalidades de sanção para o tipo penal previsto no artigo 28 da mesma lei. Conduta, portanto, típica. 2. Tendo decorrido mais de dois anos entre a data do fato e esta sessão de julgamento, sem a ocorrência de qualquer marco

interruptivo legal, incide o disposto no artigo 30 da Lei n. 11.343/06. Extingção da punibilidade do réu, que se pronuncia ex... (71003741394 RS, Relator: Edson Jorge Cechet, Data de Julgamento: 25/06/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/06/2012).

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL – NORMA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 – DESCRIMINALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS – Modalidade de extinção da punibilidade, abolitio criminis se caracteriza pela descriminalização do fato, anteriormente à lei nova, considerado crime. Conseqüentemente, há a retroatividade da lei penal benéfica. Assim, não persistem nenhum efeito penal, apenas civis, o que não ocorreu com o advento do artigo 28 da Lei 11.343/06. Descaracterizar o delito pelo fato de inexistir sanção que corresponda à pena privativa de liberdade é ignorar o conceito formal, material e analítico de crime. Bem como, a própria Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (1ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.122.425-0 – Rel. José Américo Martins da Costa).

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – LEI Nº 11.343/06 – AUSÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS – USO PRÓPRIO – ÍNFIMO POTENCIAL OFENSIVO – RECURSO PROVIDO. A Lei nº 11.343/06 não descriminalizou a posse de drogas para uso próprio, apenas criou nova infração penal de ínfimo potencial ofensivo. - Recurso provido. (2ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.119.141-8 – Rel. Dirceu Wallace Baroni. J. 28/06/2007).

CRIMINAL – TÓXICOS – ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL – ABOLITIO CRIMINIS – INOCORRÊNCIA – DESPENALIZAÇÃO – DECISÃO CASSADA O art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não implicou em abolitio criminis do delito de posse de drogas para uso pessoal, anteriormente previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, tendo ocorrido, com o novo diploma legal, mera despenalização da conduta. Recurso provido para cassar a decisão primeva. (1ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.122.419-3 – Rel. Luciana Nardoni Álvares da Silva Fontenelle. J. 29/06/2007).

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). DOSIMETRIA PENAL. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO (ARTIGO 63, DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO, PELO COMETIMENTO DO CRIME DO ARTIGO 16, DA LEI Nº 6.368/76. NÃO - OCORRÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.343/06. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

"Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. (...). Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).(...)"(STF - RE nº 430.105 - 1ª Turma - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ de 27.04.2007). (6815447 PR 0681544-7, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 22/07/2010, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 455)

Salienta-se, por oportuno, o entendimento expendido pelo Supremo Tribunal Federal diante da matéria *sub examine*<sup>36</sup>.

STF; 1ª Turma; Recurso Extraordinário; 430105 QO / RJ - Rio de Janeiro; 13 fev. 2007. EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Consoante a dicção do acórdão acima exarado, o Supremo Tribunal Federal resolveu a questão de ordem suscitada decidindo que o art. 28 da Lei 11.343/2006 não foi alcançado pelo *abolitio criminis*.

A conduta prevista no art. 28 da lei 11.343/06 continua sendo crime sob a égide da lei nova. Nessa toada, o Pretório Excelso entendeu que houve a despenalização do crime de 'porte de drogas para consumo pessoal', excluindo-se, portanto, a pena privativa de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

Diante da dificuldade na definição do regime jurídico das infrações penais *sui generis*, o STF não se vinculou a corrente que atribuía ao art. 28 da lei 11.343/06 o status de infração penal *sui generis*, já que a norma não seria

---

<sup>36</sup> *Sub examine*: Palavra em latim que significa 'sob exame'.

considerada crime nem contravenção penal, na medida em que tal posição acarretaria sérias conseqüências.

Como já levantado, não há óbice para que a legislação ordinária superveniente crie determinados crimes cuja aplicação de pena privativa de liberdade se faz prescindível, tendo em vista que a criação de tais tipos penais constitui tão somente em uma opção prevista constitucionalmente dos tipos de penas que legislador pode atribuir a certas condutas. Partindo desse pressuposto, a Corte Suprema Brasileira rejeitou o argumento levantado em torno do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais

Ademais, muito embora os termos da lei 11.343/06 não sejam inequívocos, de acordo com o STF não se pode partir da premissa de mero equívoco do legislador pátrio ao colocar o art. 28 da Lei de Drogas no capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas'.

Nesse passo, os julgadores brasileiros se filiaram ao posicionamento defendido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme evidente pelos julgados abaixo colacionados.

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16 C.C. 18, IV, DA LEI 6.368/76. REINCIDÊNCIA. ART. 28 DA LEI 11.343/06. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolição criminis e infração penal sui generis para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização". RE 430105 2811.3432. Ordem denegada. (90090 DF 2007/0210677-3, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 03/12/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010)

DIREITO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS. II - CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28, CAPUT, LEI N.º 11.343/06. CONDUTA DELITUOSA DEFINIDA COMO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E QUE, POR SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA, FOI CONSAGRADA À JUSTIÇA RESTAURATIVA. INFRAÇÃO SUJEITA A PROCESSO COLABORATIVO PELA NOVA LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS. OPÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO IMPLICA ABOLIÇÃO CRIMINIS. O LEGISLADOR ORDINÁRIO AO EXCLUIR, PARA O DELITO DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, A APLICAÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NÃO DESPENALIZOU A MENCIONADA CONDUTA, TENDO APENAS INSTITUÍDO NOVOS INSTRUMENTOS PARA SEU COMBATE. - TIPICIDADE CONFIGURADA AINDA QUE ÍNFIMA A QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ILEGAL APREENDIDA. O USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, CONQUANTO ESTEJA DENTRE OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, NÃO SE CARACTERIZA COMO DELITO DE BAGATELA, EIS QUE SOCIALMENTE PERCEPTÍVEL A GRAVIDADE DE QUE SE REVESTE TAL CONDUTA, A QUAL, POR RETIRAR A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO

USUÁRIO, É CAPAZ DE LEVÁ-LO À CONDIÇÃO DE COMPLETA DEGRAÇÃO HUMANA. IV - RECURSO CONHECIDO, MAS A ELE NEGADO PROVIMENTO. (277663120068070007 DF 0027766-31.2006.807.0007, Relator: DIVA LUCY IBIAPINA, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 06/10/2010, DJ-e Pág. 187)

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11343/06. NATUREZA DE CRIME. ABRANDAMENTO DAS SANÇÕES NÃO SIGNIFICA DESCRIMINALIZAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. NÃO HÁ DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE PORTAR SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO NA REDAÇÃO DO ARTIGO 28, DA LEI 11343/06. O LEGISLADOR APENAS DEIXOU DE PREVER PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, REMANESCENDO AS SANÇÕES ALTERNATIVAS DE ADVERTÊNCIA, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, FREQUÊNCIA A CURSO OU PROGRAMA EDUCATIVO, ALÉM DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DE CUMPRIMENTO, COMO ADMOESTAÇÃO VERBAL E MULTA.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REJEITOU A TESE DE ABOLITIO CRIMINIS E DA INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS, AO APRECIAR QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 430105/RJ, E DECIDIU QUE A NATUREZA JURÍDICA DA CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 CONTINUA SENDO DE CRIME, ENTENDENDO QUE OCORREU APENAS A 'DESPENALIZAÇÃO' DO TIPO PENAL NO SENTIDO DE SUPRESSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, RESTANDO OUTRAS FORMAS DE PUNIÇÃO.

3. NA HIPÓTESE, O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU JULGOU PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA CONDENAR O RÉU/APELANTE COMO INCURSO NA PENA DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06, APLICANDO A PENA DE ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DA DROGA (ART. 28, I E §§ 3º E 4º, DA LEI 11.343/2006). SUSTENTA O RECORRENTE QUE DEVE SER APLICADO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (6,96 GRAMAS) SER MÍNIMA.

É ASSENTE NA JURISPRUDÊNCIA A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, TENDO EM VISTA QUE, A CONDUTA DE PORTAR ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO, MESMO EM PEQUENA QUANTIDADE, DEVE SER REPRIMIDA, POR SER SUBSTÂNCIA CAPAZ DE GERAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA, DE FORMA QUE O LEGISLADOR ENTENDEU POR BEM MANTER A TIPLICIDADE DA CONDUTA, AINDA QUE SEM APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE. TRATA-SE, PORTANTO, DE CRIME DE PERIGO PRESUMIDO OU ABSTRATO, CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO É A SAÚDE PÚBLICA, RAZÃO PELA QUAL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO TEM APLICAÇÃO NO CASO DAS CONDUTAS DE ADQUIRIR, GUARDAR OU TRAZER CONSIGO PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. PRECEDENTES: ACÓRDÃO N. 579282, 20091110011950APJ, RELATOR WILDE MARIA SILVA JUSTINIANO RIBEIRO, 1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 10/04/2012, DJ 17/04/2012 P. 351); (ACÓRDÃO N. 571083, 20110510005859APJ, RELATOR JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, 2ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 28/02/2012, DJ 19/03/2012 P. 315); ACÓRDÃO N. 562084, 20110510076249APJ, RELATOR SANDRA REVES VASQUES

TONUSSI, 3ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 31/01/2012, DJ 01/02/2012 P. 189).

4. ESTANDO COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (MACONHA), PELA OCORRÊNCIA POLICIAL (FLS. 07/10), AUTO DE APRESENTAÇÃO E APREENSÃO (FL. 16) E LAUDO DE EXAME QUÍMICO (FLS. 31/32), CORRETA É A CONDENAÇÃO DO AUTOR DO FATO À PENA PELA PRÁTICA DO DELITO CAPITULADO NO ARTIGO 28, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIRMADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INAPLICÁVEL.

5. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, COM SÚMULA DE JULGAMENTO SERVINDO DE ACÓRDÃO NA FORMA DO ART. 82, § 5º, DA LEI N. 9.099/95. (6798320098070011 DF 0000679-83.2009.807.0011, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 15/05/2012, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: 18/05/2012, DJ-e Pág. 440)

Conquanto o STF frente ao Recurso Extraordinário 430105 já tenha se pronunciado a respeito do tema, as controvérsias que cercam tal assunto ainda não se esgotaram, pois, a descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da lei 11.343/06 vem a cada dia se tornando uma realidade não muito distante.

O projeto do novo Código Penal prevê mudanças no sentido de conjugar em um único *Codex*<sup>37</sup> todas as legislações penais extravagantes, com exceção daquelas que a constituição entende necessário possuir um regulamento apartado das demais.

Trabalharam na confecção do projeto do Novo Código Penal renomados juristas, os quais foram presididos pelo Ministro Gilson Dipp do Superior Tribunal de Justiça.

O projeto possui 543 artigos, divididos em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541).

Na parte geral, algumas mudanças devem ser ressaltadas, dentre elas salienta-se a possibilidade de se combinar leis penais, a redução da pena no crime cometido com dolo eventual, a adoção da teoria objetiva individual na tentativa para separar atos preparatórios de executórios, o afastamento expresso da teoria da *amotio*<sup>38</sup> nos crimes contra o patrimônio, o princípio da insignificância e as excludentes de ilicitude passarão a figurar como excludentes do fato criminoso.

<sup>37</sup> *Codex*, da palavra em latim que significa "livro", "bloco de madeira"

<sup>38</sup> A teoria da *aprehensio ou amotio* trata-se de corrente doutrinária que entende estar consumado o crime de furto ou roubo no momento em que o bem subtraído passa para a esfera de domínio do agente, ainda que num curto espaço de tempo. Para tal corrente, não é necessário que o agente tenha a posse mansa e pacífica do objeto subtraído para caracterizar o crime, nem mesmo é necessário que o objeto seja deslocado de um lugar para outro.

Já na parte Especial, ressalta-se a discussão de temas polêmicos e que poderão gerar discussões infundáveis no Congresso Nacional.

Nesse rol encontra-se as condutas praticadas por usuários de drogas, as quais, de acordo com o projeto de lei n.º 236/2012, serão descriminalizadas.

O Título VII do Anteprojeto do Código Penal, denominado de 'Crimes Contra a Saúde Pública', trata em seu Capítulo I dos crimes de drogas.

Conforme se depreende do alcance do art. 212<sup>39</sup>, incisos I, II e III, o Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012 manteve a redação do art. 33, inciso I, II e III da lei 11.343/06 no que tange ao crime de tráfico de drogas.

Entretantes, os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 33 da lei foram alterados, acrescentando-se ainda na nova redação do crime de tráfico de drogas causa de diminuição de pena prevista no §5º do art. 212 do PLS<sup>40</sup> n.º 236/2012.

Consoante à dicção do art. 212, §2º do PLS n.º 236/2012, exclui-se o crime de tráfico de drogas se o agente adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal ou semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

---

<sup>39</sup> Art. 212. 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 – prisão, de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§2º Não há crime se o agente:

I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

§3º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.

§5º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre associação ou organização criminosa de qualquer tipo.

<sup>40</sup> PLS: Projeto de Lei do Senado

Denota-se desde já pela redação do dispositivo penal supramencionado a intenção do legislador de descriminalizar as condutas inerentes ao usuário de drogas.

O §3º do art. 212 do PLS 236/2012 determina os critérios para se estabelecer se a droga destina-se ao consumo pessoal. Desta feita, o juiz deve analisar a natureza da droga, sua quantidade, local onde foi apreendida, circunstâncias que envolvam a ação e a prisão do agente, a conduta do agente, bem como suas circunstâncias sociais e pessoais.

Outra inovação do anteprojeto do Código Penal está inserida no §4º do art. 212 do projeto de lei, que estabelece que presumir-se-á, salvo prova em contrário, que a droga destina-se para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual durante cinco dias.

Salienta-se, que caso o PLS n.º 236/2012 seja aprovado, a autoridade administrativa de saúde deverá definir critério balizador para se auferir a quantidade de drogas estabelecida como consumo médio individual para 5 (cinco) dias, para fins do disposto no §4º do art. 212 do anteprojeto do Código Penal.

Cristalino que o projeto do Novo Código Penal abrandou as penas impostas aos crimes relativos às drogas, pois, além da alteração das penas do crime de “fabricação de maquinário”, o art. 214<sup>41</sup> do PLS n.º 236/2012, que anteriormente era tratado no art. 36<sup>42</sup> da lei 11.343/06, manteve a redação do crime de “Financiamento do tráfico”, alterando, contudo, as penas impostas ao sujeito que transgride o dispositivo penal supracitado, estabelecendo a sanção de prisão, de oito a dezesseis anos e pagamento de mil e quinhentos a quatro mil dias-multa.

Pode se dizer, que o art. 28 da lei 11.343/06 que atualmente prevê o crime de “porte de drogas para o consumo pessoal”, foi substituído pelo crime de “uso ostensivo de droga”.

---

<sup>41</sup> Art. 214. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 212 e 213: Pena – prisão, de oito a dezesseis anos e pagamento de mil e quinhentos a quatro mil dias-multa.

<sup>42</sup> Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Não obstante a redação do caput do art. 221<sup>43</sup> do PLS n.º 236/2012 não guardar qualquer relação com o atual art. 28 da lei 11.343/06, é mister trazer a lume que as penas, bem como suas formas de aplicação, são as mesmas.

O caput do art. 221 do PLS n.º 236/2012, prescreve que aquele que usar, de forma ostensiva, droga em locais públicos, nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes, ou na presença destes, será submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

As penas previstas nos incisos II e III terão duração máxima de 05 (cinco) meses, conforme o art. 221, §1º do PLS n.º 236/2012.

Entretanto, sendo o agente reincidente, o prazo máximo das penas cominadas será de 10 (dez) meses.

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

Para garantir a eficácia das medidas aplicadas, o art. 221 do PLS n.º 236/2012, igualmente ao art. 28 da lei 11.343/06, estabelece que o juiz pode, caso o agente se recuse injustificadamente a cumprir sua reprimenda, aplicar sucessivamente a admoestação verbal ou a multa.

---

<sup>43</sup> Art. 221. Aquele que usar ostensivamente droga em locais públicos, nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes, ou na presença destes, será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

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

§ 1º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses.

§ 2º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses.

§ 3º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 4º Para garantia do cumprimento das medidas educativas referidas no caput, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

O agente também possui a sua disposição, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Frise-se que o PLS n.º 236/2012, com exceção do artigo 221, descriminalizou as condutas relativas aos usuários de drogas.

Finalmente, o agente que em razão de dependência química ou sob o efeito de caso fortuito ou força maior era ao tempo da ação ou omissão completamente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato é isento das penas de qualquer crime capitulado no Título VII, Capítulo I do PLS n.º 236/2012, conforme art. 223<sup>44</sup> do projeto e lei do Novo Código Penal.

Além do PLS n.º 236 de 2012, insta mencionar outro relevante projeto de lei que se por ventura for aprovado trará mudanças no que tange a legislação aplicada aos usuários de drogas.

De autoria do senador Blairo Maggi o projeto de lei do senado n.º 285 de 2012 visa alterar o art. 33 da lei 11.343/06 incluindo no crime de Tráfico e consumo de drogas ilícitas as condutas de comprar, adquirir e consumir em local público.

Sob a égide do citado projeto de lei quem for pego consumindo droga em local público não estará mais sujeito as brandas penas atribuídas ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no art. 28 da lei 11.343/06.

O sujeito que eventualmente for surpreendido praticando a conduta acima levantada insurgirá nas penas previstas no art. 33 da lei 11.343/06<sup>45</sup>, o qual regula o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

---

§ 5º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

<sup>44</sup>Art. 223. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito proveniente de caso fortuito ou força maior de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido o crime praticado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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

<sup>45</sup> 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

Contudo, tal hipótese beira o absurdo, haja vista a noção contemporânea que atribui o problema oriundo das Drogas como sendo um problema de saúde pública, e que conseqüentemente, desentranha a noção arcaica de repressão ao uso de entorpecentes de nosso ordenamento jurídico.

---

desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

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

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

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI 4274)

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

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

## CONCLUSÃO

Dos estudos que conduziram a elaboração da presente pesquisa, denota-se, sobretudo, que com o advento da Lei 11.343/06, surgiram diversas mudanças quanto ao tratamento dispensado aos usuários de drogas.

Como cediço, a questão sobre as drogas e os crimes a elas relacionados eram tratados em duas legislações esparsas, a saber, pela leis de nºs 6.368/76 e 10.409/02, ambas revogadas pela Lei 11.343/06.

Primordialmente, insta salientar que o artigo 28 da Lei 11.343/06 ampliou o leque de condutas nas quais podem estar incursos os usuários de drogas. Em contrapartida, antes das disposições trazidas pela citada lei, o indivíduo infrator que, por exemplo, transportasse drogas, ou as tivesse em depósito, embora para consumo próprio, poderia ser enquadrado no crime de tráfico, por falta de previsão legal. Assim, a redação do artigo 28 da Lei 11.343/06 cuidou de suprir tal lacuna.

A Lei 11.343/06 tratou, ainda, de criar medidas de prevenção ao uso indevido de entorpecentes, prescrever mecanismos para reintegração social dos usuários e dependentes químicos, constituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, inserir no ordenamento jurídico pátrio os novos crimes relativos às drogas, bem como, o novo procedimento penal que rege os crimes previstos nesta lei.

No entanto, o que merece maior destaque aqui são, de fato, as medidas às quais estão sujeitos os usuários de drogas.

Da simples análise dos dispositivos legais atinentes ao caso, vislumbra-se que a nova Lei Antidrogas previu um rol de “sanções” mais brandas aos usuários, dentre as quais, a advertência sobre os efeitos das drogas e medidas sócio educativas de comparecimento a programas e cursos educativos.

Aliás, os artigos 21 e 22 da lei 11.343/06 estabelecem diretrizes e caminhos com intuito de integrar/reintegrar esses indivíduos em nosso sistema social, tais como o respeito ao usuário e ao dependente de drogas, a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares, considerando suas peculiaridades socioculturais, a definição de projetos terapêuticos individualizados, orientado para a

inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde, a atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais, a observância das orientações e normas emanadas do Conad, bem como o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

De toda forma, embora tenham abrandado a situação dos usuários, as alterações promovidas pela Lei em comento ainda não restaram alheias às críticas desfavoráveis. É que diversos doutrinadores argumentam que o uso de drogas sequer deveria ser tema tratado pelo Direito Penal, já que é um problema relacionado à saúde pública.

Partindo deste paradigma, invocam o princípio da alteridade, ou transcendentalidade, com supedâneo no qual não caberia ao Estado punir o indivíduo quando os efeitos de sua conduta, ao fazer o consumo de substâncias entorpecentes, estão adstritos a prejudicar ele próprio, sem atingir a coletividade.

Certo que o almejado pelo legislador ao instituir a figura do artigo 28 não foi somente coibir o “uso de drogas”, mas também sua circulação e disseminação.

A polêmica maior surge ao passo que, embora o uso de drogas esteja previsto no Capítulo “Dos Crimes e Das Penas”, da Lei 11.343/06, não é cominada pena privativa de liberdade ao usuário.

Nesse diapasão, surgem as discussões fervorosas acerca da descriminalização ou despenalização do uso de drogas.

De um lado, uma corrente defende que, ao afastar a possibilidade da pena privativa de liberdade, o legislador acabou por extirpar o caráter criminoso do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Isto porque, conforme disciplina o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, para ser considerada crime, a conduta deve ser alcançada pela lei como passível de cominação de pena de reclusão ou detenção.

Observe-se por oportuno, que a disposição do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal foi editada em 1940, quando o legislador sequer tinha uma noção mais apurada acerca das penas alternativas. Lado outro, somente em 1984 é que as penas alternativas ganharam contorno em nosso ordenamento jurídico, sendo inseridas na parte geral do Código Penal.

Nessa ordem de idéias, teria ocorrido a descriminalização das condutas relativas ao consumo de drogas.

Noutro giro, surge a corrente que defende a despenalização das condutas relacionadas ao uso de drogas. Em consonância com estes pensadores, o que houve foi tão somente uma suavização no tocante às penas aplicadas ao usuário.

Tal fato, contudo, não retira o caráter criminoso da conduta, já que as penas previstas ao delito do artigo 28 da Lei 11.343/06 guardam perfeita conformação com aquelas previstas constitucionalmente.

Embora os dispositivos legais que tratam do usuário não cominem pena privativa de liberdade a ele, cominam, outrossim, penas restritivas de direitos e de prestação social, previstas no artigo 5º, inciso XLVI da Carta Magna.

Finalmente, ressalta-se que não há qualquer óbice para que o legislador ordinário superveniente crie legislações extravagantes, prevendo a existência de um crime para o qual não se comine pena privativa de liberdade, o que reforça a tese de que não houve a descriminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06.

## REFERÊNCIAS

AVELINO, Victor Pereira. A evolução da legislação brasileira sobre drogas. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2440, 7 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14470>>. Acesso em: 5 set. 2012.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Nova lei de drogas. Comentários à lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 7-73.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre Código Penal. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 539-557.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Dispõe sobre a lei de introdução ao Código Penal e da lei das Contravenções Penais. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 515-516.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. (*Revogada*). In: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm). Acesso em 10 de set. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1578-1585.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário; 1ª Turma, RE 430105 QO / RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence - Rio de Janeiro; 13 fev. 2007, Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007. Acesso 15 out. de 2012.

CAPEZ, Fernando; CURSO DE DIREITO PENAL — V. 4 — Legislação Penal Especial, 2008, Editora Saraiva.

FILHO, Vicente Greco; Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343-2006; São Paulo; Saraiva; 2008.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, Nova Lei de Drogas comentada, Editora RT. 1ª edição. São Paulo – SP.

GOMES. Luiz Flávio (coordenador). Nova Lei de drogas comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2112/2231>. Acesso em: 27 de out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Disponível em: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20061212113559593&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061212113559593&mode=print). 12 dez. 2006. Acesso em: 25 nov. 2011.

GOMES, L. F.; SANCHES, R, C. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1275, 28 dez. 2006, atualizado em 23 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9327>. Acesso em 10 de set. 2011.

<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-32-498374-retificacao-81617-pe.html>. Acesso em 15 de set. 2012.

<http://www.emagis.com.br/arquivos/downloads/breves-consideracoes-sobre-crimes-contra-a-administracao-publica-na-proposta-do-novo-codigo-penal-1991335.pdf>. Acesso em 15 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=despenaliza%C3%A7%C3%A3o+do+art.+28+da+lei+11.343%2F06&s=jurisprudencia&p=5>. Acesso em 15 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16463138/apj-7663120068070007-df-766-3120068070007-tjdf>. Acesso em 15 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19564571/apelacao-crime-acr-6815447-r-0681544-7-tjpr>. Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20066725/apelacao-criminal-acr-250575--2011025057-5-tjsc>. . Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20090415/apelacao-criminal-acr-250575-sc-2011025057-5-tjsc>. . Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21090614/habeas-corpus-hc-201083-df-2011-0061871-8-stj>. . Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607764/habeas-corpus-hc-149319-sp-2009-0192716-1-stj>. . Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21786320/apj-6798320098070011-df-679-8320098070011-tjdf>. . Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22040425/habeas-corpus-hc-242064-sp-2012-0095553-7-stj>. . Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758029/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-qo-430105-rj-stf>. Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8375427/apelacao-criminal-acr-599580-sc-2009059958-0-tjsc>. Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8606044/habeas-corpus-hc-90090-df-007-0210677-3-stj>. Acesso em 17 de set. 2012.

<http://www.linhadefensiva.org/wp-content/uploads/2012/06/anteprojeto-novo-codigo-penal.pdf>. Acesso em 02 de out. 2011.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm). Acesso em 02 de out. 2012.

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106806](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106806). Acesso em 02 de out. 2012.

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 16 de out. 2012.

<http://www.tjpr.jus.br/juizado-especial>. Acesso em 16 de out. 2012.

JÚNIOR, Gilberto José Pinheiro. As lacunas da nova Lei de Drogas. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17423>>. Acesso em: 5 out. 2012.

KARAN, M. L.. Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. Ano 2002.

MARCÃO, Renato. O art. 28 da nova Lei de Tóxicos na visão do Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1346, 9 mar. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9576>. Acesso em 18 de out. 2012.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. As lacunas da nova Lei de Drogas. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17423/as-lacunas-da-nova-lei-de-drogas>>. Acesso em 11 de outubro de 2012.

SOUZA, L. G. de. Breves considerações acerca da abolitio criminis. Pesquisa Direito, São Paulo. 04 ago. 2006. Disponível em: [http://www.pesquisadireito.com/b\\_c\\_abolitio\\_criminis.htm](http://www.pesquisadireito.com/b_c_abolitio_criminis.htm). Acesso em: 25 nov. 2011.

SZALAVITZ, Maia; Drogas em Portugal: a descriminalização funciona?, Revista Time; Disponível em <http://www.cabecafeita.art.br/noticias/283-drogas-em-portugal-a-descriminalizacao-funciona>; 05 de Agosto de 2011, Original em Inglês <http://www.time.com/time/health/article/0,8599,1893946,00.html>. Acesso em: 20 de out de 2011.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar; Nova Lei de Drogas & crimes, investigação e processo; Editora Verbo Jurídico; Porto Alegre; 2007.

VADE MECUM. 14<sup>a</sup>. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

VAZ, Virgínia Alves (Coord.). Manual de normalização de trabalhos acadêmicos. Formiga: UNIFOR-MG, 2010, 60p.

**ANEXO - LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.**

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

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

**TÍTULO I****DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

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

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

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização

legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

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

## TÍTULO II

### DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

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

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

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

## CAPÍTULO I

### DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS

#### DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 4º São princípios do Sisnad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

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

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

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

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

## CAPÍTULO II

### DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO

#### DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 6º (VETADO)

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

Art. 8º (VETADO)

## CAPÍTULO III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

## CAPÍTULO IV

### DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

#### SOBRE DROGAS

Art. 15. (VETADO)

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

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

### TÍTULO III

#### DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

#### CAPÍTULO I

#### DA PREVENÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## CAPÍTULO II

### DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINSERÇÃO SOCIAL

## DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

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

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

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

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

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

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

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

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

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

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

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

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

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

### CAPÍTULO III

#### DOS CRIMES E DAS PENAS

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

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às

condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

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

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

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

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

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

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

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

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

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

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

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

## CAPÍTULO II

### DOS CRIMES

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI 4274)

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

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer

natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### CAPÍTULO III

#### DO PROCEDIMENTO PENAL

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

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

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

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

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

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

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

## Seção I

### Da Investigação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Seção II

### Da Instrução Criminal

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

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o

indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.

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

#### CAPÍTULO IV

##### DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

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

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

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

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

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

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada

a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

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

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

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

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

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

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter

cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

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

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

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

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

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

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

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de

certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

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

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

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

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

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

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

## TÍTULO V

### DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções

das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

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

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

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

## TÍTULO VI

### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

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

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

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

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma

prevista no § 1º do art. 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.

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

Art. 73. A União poderá estabelecer convênios com os Estados e o com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. (Redação dada pela Lei nº 12.219, de 2010)

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

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

*Márcio Thomaz Bastos*

*Guido Mantega*

*Jorge Armando Felix*