

USUÁRIOS E TRAFICANTES DE DROGAS SOB A ÓTICA DA LEI Nº 11.343/2006

Rosângela Rodrigues Martins de Souza³

Valdemir Ferreira Santos⁴

RESUMO

A legislação vigente aboliu a pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, estabelecendo unicamente penas privativas de direito, motivo pelo qual se vem afirmando que houve a descriminalização do delito de posse de drogas para consumo pessoal, sob o fundamento de que, não havendo mais pena de detenção ou reclusão não existe crime e, inexistindo prisão simples ou multa, não existe contravenção penal. Todavia, esse não é entendimento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina majoritária, que já posicionaram no sentido de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal continua existindo. Para os crimes de tráfico de drogas e condutas equiparadas, a Lei nº 11.343/2006 estabeleceu uma espécie de graduação de crimes, tipificando desde condutas de pequenos traficantes até condutas praticadas pela cúpula do tráfico internacional. Isto porque a legislação anterior, de forma extremamente simples, diferenciava usuários e traficantes em duas grandes situações jurídicas, quais sejam: o tráfico de drogas, em seu artigo 12, e o porte de drogas para consumo pessoal, em seu Art. 16. Dessa forma, o objetivo geral do presente estudo é analisar os aspectos fundamentais estabelecidos pela Nova Lei de Drogas e os benefícios que essa poderá trazer para a sociedade. Para tanto, optou-se por realizar o trabalho mediante pesquisa biblio-

3. Pós Graduanda em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: rosangela.rodrigues.martins@hotmail.com

4. Professor de Direito Penal da Faculdade Pio Décimo e da Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da UNIT, assim como Assessor Jurídico de Desembargador – Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. E-mail: ferreira.val@tjse.jus.br

gráfica e documental. Conclui-se que, diante dos fundamentos jurídicos apresentados, a conduta de portar drogas para consumo pessoal continua sendo crime, não havendo que se falar em descriminalização do delito. Quanto ao tráfico de substâncias entorpecentes, as inovações estabelecidas pela Lei nº 11.343/2006 vão de encontro aos anseios da sociedade brasileira, pois as condenações judiciais impostas pela legislação anterior, muitas vezes, feriam o princípio da dignidade da pessoa humana com condenações do pequeno traficante com a mesma pena que se aplica àquele que financia a prática do tráfico de drogas.

PALAVRAS-CHAVE

Drogas. Justiça Terapêutica. Descriminalização. Tráfico.

ABSTRACT

The present legislation abolished the penalty of imprisonment for drug users, setting only the deprivation of Law, why it has said that there was the decriminalization of the offense of drug possession for personal consumption, on the grounds that, in the absence of imprisonment there is no crime, not existing simple imprisonment or fine, there is a misdemeanor. However, this is not understanding of the Federal Supreme Court and the majority doctrine, already positioned in the sense that the crime of possessing drugs for personal consumption continues to exist. For crimes of drug trafficking and conduct equivalent, Law No. 11.343/2006 established a kind of graduation from crimes, typifying from small traffickers' conducts to conducts practiced by the leadership of international trafficking. This is because the previous legislation, in an extremely simple way, differentiated users and traffickers in two major legal situations, which are: drug trafficking, in its Article 12, and possession of drugs for personal use, in its Article 16. Thus, the general aim of this study is to analyze the fundamental aspects established by the New Drug Law and the benefits this can bring to society. To this end, we chose to perform the work by researching literature and documents. It

is concluded before the legal grounds presented, the conduct of possessing drugs for personal use remains a crime, not having to talk about decriminalization of the offense. Regarding trafficking in narcotics, the innovations established by Law No. 11.343/2006 go against the desires of Brazilian society, as the court sentences imposed by previous legislation often hurt the principle of human dignity with condemnations of the small dealer with the same penalty that applies to that which funds the practice of drug traffic.

KEYWORDS

Drugs. Therapeutic Justice. Decriminalization. Traffic.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343/06, intitulada pela doutrina de Lei de Drogas, instituiu um tratamento diferenciado aos usuários e dependentes de drogas, uma vez que baseado na prevenção e reinserção social daqueles que possuem algum nível de dependência química, tanto que a pena privativa de liberdade foi extinta, estabelecendo-se unicamente penas restritivas de direitos.

A legislação vigente vem dando ensejo a diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema das drogas, gerando os mais diversos posicionamentos entre os especialistas da matéria. São inúmeras fontes de pesquisa sobre o tema, incluindo publicações de juristas, artigos acadêmicos de estudiosos do assunto, além de diversos sites de organizações voltadas à questão da saúde pública.

Com efeito, as políticas públicas voltadas à questão do consumo de drogas devem sofrer uma mudança profunda, tendo em vista que o novo diploma foi criado no sentido de se tratar o usuário como uma pessoa que precisa ser recuperada, e não como um mero criminoso. Este modelo de justiça penal vem sendo chamada pelos operadores do direito de Justiça Penal Terapêutica ou Restaurativa, e busca o tratamento e à ressociali-

zação de usuários e dependentes de substâncias entorpecentes.

2 OS USUÁRIOS DE DROGAS À LUZ DA LEI Nº 11.343/06

A Lei nº 11.343/06 rompeu com o modelo tradicional de combate ao uso de substâncias entorpecentes, na medida em que a nova legislação sobre o tema é baseada na prevenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, tanto que a pena privativa de liberdade e pecuniária foram extintas, dando lugar às penas restritivas de direitos.

A nova lei representa uma conquista histórica de diversos grupos sociais ligados à questão das drogas, quase todos fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana e da mínima intervenção do Direito Penal. O princípio da mínima intervenção determina que o Direito Penal só deva ser utilizado como *ultima ratio*. Assim, uma conduta só deve ser tipificada como criminosa se for o último meio de alcançar a harmonia social.

2.1 A SUPOSTA DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

O crime de posse para consumo pessoal está tipificado no Art. 28 da Lei nº 11.343/06, antigo Art. 16 da Lei nº 6.368/76. A legislação atual seguiu o modelo adotado em diversos países da Europa, abolindo a pena privativa de liberdade e estabelecendo penas alternativas como forma de punição ao usuário de drogas, quais sejam: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com a mudança introduzida pelo artigo em comento, parte da doutrina, liderada por Luís Flávio Gomes (2007, p. 304), vem afirmando que houve a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Descriminalização, em resumo, significa retirar o caráter criminoso de um fato. Em contrapartida, na criminalização, o Direito Pe-

nal seleciona os comportamentos humanos mais perniciosos à sociedade e os descreve como infrações penais, que se subdividem em crimes e contravenções penais.

A essência da tese da descriminalização é retirada do Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-Lei nº 3.914/41, que estabelece:

Considera-se crime a infração penal a 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.

Como a legislação atual não prevê pena privativa de liberdade, de reclusão ou detenção, não existiria crime, bem como, não havendo prisão simples ou pena de multa, não teria como existir contravenção penal. Busca-se uma interpretação absolutamente literal do texto legal para classificar o que é ou deixa de ser crime, tese contestada por diversos autores, conforme será adiante demonstrado.

Importante ressaltar, por oportuno, que a doutrina tradicional brasileira adota o critério bipartido de delitos, segundo o qual só existem duas espécies de delito, que é o crime e a contravenção penal, portanto, não existiria outra espécie. Em outras palavras, o delito ou infração penal, como preferir, é gênero, enquanto o crime e a contravenção penal são espécies.

Nos dizeres de Gomes (2007), a posse de droga para uso próprio continua sendo ilícita, ou seja, continua sendo proibida, não se afastando do âmbito do Direito Penal, todavia, trata-se de infração *sui generis*, uma vez que a lei não mais prevê pena de prisão. O fato criminoso perde a etiqueta de crime, embora permaneça a ilicitude penal. Houve, portanto, descriminalização formal, mas não a legalização do uso de drogas.

Para embasar a tese da descriminalização, Luiz Flávio Gomes (2007) afirma que existem três es-

pécies de descriminalização, podendo ser formal, penal e substancial. A descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal estaria inserida no âmbito da descriminalização puramente formal, que é aquela em que a lei retira o caráter criminoso do fato, porém o mantém no âmbito do Direito Penal. Dessa forma, o fato continua sendo ilícito, não se afasta do Direito Penal, porém, como infração *sui generis*.

Por outro lado, a descriminalização, também, pode ser penal e substancial. Na descriminalização penal o fato deixa de ser relevante apenas para o Direito Penal, mas é transferido para outros ramos do ordenamento jurídico, como o civil e o administrativo. A conduta criminosa perde apenas o caráter de ilícito penal, transferindo-se para a esfera dos ilícitos civis, administrativos etc. Já a descriminalização substancial, a conduta antes prevista em lei como criminosa perde totalmente seu caráter de ilícito, ou seja, passa a ser legalizada (GOMES, 2007).

A descriminalização substancial ou global ocorre com grande frequência em casos de legislação política, na qual se punem condutas ligadas à liberdade de pensamento. Pode-se citar como exemplo a legislação nazista, na Alemanha, que previa uma série de crimes relacionados ao abuso de opinião. Basta imaginar uma situação hipotética em que a Constituição Brasileira estabelecesse a seguinte norma: "Manifestar opinião contrária ao regime político nacional é crime". Nesses casos, somente em situações excepcionais a conduta é ilícita, tanto que, passada a emergência o fato volta a ser legalizado.

O adultério é o exemplo clássico de descriminalização penal na legislação brasileira, já que o nosso Código Penal, em um passado recente, descrevia essa conduta como criminosa. Hoje, o adultério só gera efeitos no âmbito do Direito Civil, como ocorre nos casos de separação judicial litigiosa, pois o Código Civil traz inúmeras consequências jurídicas para o cônjuge adúltero que litiga em juízo.

Com efeito, a natureza jurídica do Art. 28 da Lei nº 11.343/06 tem ensejado forte discussão

no meio jurídico. O fato é que a maior parcela dos juristas e pensadores do direito afirma que houve apenas a despenalização da conduta do usuário e não a sua descriminalização. O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que o uso de drogas continua sendo crime, decisão que será transcrita em momento oportuno.

Portanto, para a maior parte da doutrina, a tese da descriminalização anteriormente defendida é baseada na literalidade do Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, não possuindo uma fundamentação jurídica consistente. Assim, posicionam-se no sentido de que a conduta de portar droga para consumo próprio continua sendo crime, tendo ocorrido apenas a despenalização da conduta criminosa. É a tese sustentada por Fernando Capez (2008, p. 707), que comenta:

Entendemos, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na média de em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e as penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, §, da nova Lei. A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.

Concorda-se com o entendimento dominante, afinal a Lei de Introdução ao Código Penal foi recepcionada pela Constituição Federal como lei ordinária, já que trata de matéria criminal, o que significa que passível de ser revogada por leis posteriores a sua publicação. Assim, não há qualquer obstáculo para que a Lei nº 11.343/2006 estabeleça novos crimes sem a cominação de pena privativa de liberdade.

2.2 AS DEMAIS MODIFICAÇÕES RELATIVAS AO USUÁRIO DE DROGAS

A atual política criminal de combate ao uso de drogas rompeu de forma radical com os parâme-

tros até então existentes, instituindo medidas alternativas como forma de garantir a reinserção social de usuários e dependentes, em substituição às fracassadas políticas baseadas essencialmente na utilização exclusiva dos aparelhos repressivos do estado como forma de garantir a paz social. O crime de posse para consumo pessoal estava previsto no revogado Art. 16 da Lei n° 6.368/76, que dispunha:

Adquirir, guardar, ou trazer consigo para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a dois anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A atual Lei n° 11.343/06, em seu Art. 28, trouxe diversas modificações relativas à figura do usuário de drogas, não só no que se refere às penas estabelecidas para o delito, como também instituindo, em seu parágrafo 1°, uma nova figura típica, a saber:

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.

§ 1°. 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.

Portanto, pode-se observar que o Art. 28 trouxe pelo menos quatro principais mudanças: a pena privativa de liberdade foi extinta, já que a lei prevê penas alternativas como única forma de punição ao usuário de drogas; substituição da expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica pela expressão drogas; instituiu duas novas condutas típicas no *caput* do Art. 28; a conduta daquele que, para

consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de acusar dependência física ou psíquica.

Registre-se que a modificação da política criminal referente ao usuário de drogas, que vem sendo chamada pela doutrina de Justiça Penal Terapêutica, não surgiu de repente, ao contrário, é fruto de reivindicações históricas de diversos grupos sociais ligados direta ou indiretamente à questão das drogas, e também, se deve ao reconhecimento do fracasso do sistema punitivo que vinha sendo adotado no Brasil. Nesse sentido, comenta, com muito critério, a Juíza Diva Lucy de Faria Pereira Ibiapina (2013, n/p).

O reconhecimento da ineficácia do sistema punitivo que vinha sendo adotado em nosso país deu ensejo a radical mudança de foco na análise das problemáticas surgidas em decorrência do uso de substância entorpecente. A mudança de perspectiva permitiu a busca de vias alternativas, encontrando-se na chamada 'Justiça Restaurativa' o meio para atingir o objetivo até então frustrado de atender às necessidades do usuário: tirá-lo do vício e a ele garantir a possibilidade real de autodeterminação consciente e responsável de sua própria vida, o que é inequívoca expressão de defesa do princípio da dignidade humana, tal qual consagrado no Inciso III do Artigo 1° da Constituição de 1988.

O crime previsto no atual Art. 28 da Lei n° 11.343/06 trata-se de crime misto alternativo, também, chamada pela doutrina de crime ação múltipla ou conteúdo variado, que ocorre quando a norma penal descreve várias condutas delituosas, em que a realização de uma delas ou de todas configura um único delito. Reitere-se que foram inseridas duas novas condutas, as de 'transportar e ter em depósito', totalizando cinco figuras típicas, ampliando o rol do artigo anterior, que descrevia apenas três condutas criminosas.

No entanto, importante ressaltar que a prática de mais de uma conduta prevista neste tipo penal pode configurar apenas um crime ou concurso material de crimes, dependendo da análise do caso

concreto. Dessa forma, o magistrado deverá auferir se houve nexos causal entre as várias condutas praticadas e, em caso afirmativo, estará configurada a prática de um único crime. Caso contrário, estará configurado concurso material de crimes.

Basta imaginar uma situação hipotética em que o agente criminoso adquire maconha, guarda a droga em casa e depois a consome. Nesta hipótese, configura-se a prática de um único crime, tendo em vista existir nexos causal entre as condutas delituosas. Em contrapartida, se o agente adquire maconha, guarda cocaína e consome crack, haverá a configuração de crimes distintos, já que cada conduta praticada nada tem a ver com as demais.

São três as penas aplicadas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade, com pena de cinco meses para o réu primário, e dez meses em caso de reincidência, conforme estabelece os §§ 3º e 4º, do Art. 28; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, cuja pena será de cinco meses para o réu primário, aumentando-se para 10 meses em caso de reincidência.

A opção pelo termo drogas, que substituiu à expressão 'substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica', não foi obra do acaso. Essa é a nomenclatura oficial da Organização Mundial de Saúde e o termo droga é de uso corrente no meio acadêmico e científico. Nesse sentido, comenta João José Leal (2010, p. 2):

A verdade é que o termo drogas é de uso corrente no discurso acadêmico-científico. Isso já poderia justificar a opção modificadora. Mas é, também, a nomenclatura preferencial da Organização Mundial de Saúde – OMS, que há muito abandonou o uso dos termos ou das expressões 'narcóticos', 'substâncias entorpecentes' e 'tóxicos'. Além disso, a Convenção Única sobre Entorpecente, da ONU, promulgada em 1961 e a Convenção contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, de 1988, ao se referirem às substâncias tóxicas ou entorpecentes utilizam simplesmente o termo drug.

Outra importante inovação legal foi a tipificação do crime de plantio para consumo próprio, resolvendo uma lacuna jurídica da legislação anterior, que devido à ausência de critérios legais dava margem a interpretações divergentes entre os juízes. Muitas vezes, usuários e traficantes eram jogados na vala comum do plantio para fins de tráfico, figura equiparada ao tráfico, tipificada no revogado Art. 12, § 2º, I, da Lei nº 6.368/76, que previa a conduta de semear, cultivar ou fazer a colheita de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, contudo, não fazia qualquer menção ao plantio para uso próprio.

Prevê a nova legislação em seu Art. 28, § 1º, que será submetido às mesmas impostas ao usuário, àquele que, 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.

O Art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, inovou ao tipificar a plantio para uso próprio, que, conforme exposto anteriormente, resolveu uma antiga lacuna jurídica da legislação precedente, já que esta não fazia qualquer distinção entre o plantio para uso próprio e o plantio para fins de tráfico.

Por fim, a competência para aplicar aos casos julgados a lei que de qualquer forma beneficiar o acusado é do Juízo das Execuções, consoante o disposto no Art. 66, I, da Lei de Execuções Penais, e na Súmula 611 do STF, que estabelece: 'Transitada em julgado à sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna'.

3 O TRÁFICO DE DROGAS À LUZ DA LEI Nº 11.343/06

A Lei de Introdução ao Código Penal não pode servir como único critério para definir o que é ou não crime. O conteúdo material do fato criminoso deve ser pautado pela reprovação social da conduta e não pela simples análise do aspecto formal de uma lei da década de quarenta. Em outras pa-

lavras, a norma penal deve tipificar como crime as condutas que ponham em risco os valores fundamentais para a sociedade, como a vida, a saúde, a liberdade etc.

Dessa forma, não resta dúvida de que a conduta descrita no Art. 28 agride um os valores essenciais para a subsistência do corpo social, que é a saúde pública. À mesma idéia filia-se Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 664):

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

Com efeito, o uso de drogas permanece caracterizado como crime, pois o que houve foi a mera despenalização do fato típico, já que foram abolidas as penas privativas de liberdade e pecuniárias, bem como as restritivas de direitos de prestação pecuniária, perda de bens e interdição temporária de direitos.

Faz-se fundamental a definição dos institutos da penalização e da despenalização. Na penalização, privilegia-se a pena de prisão como resposta

do poder punitivo estatal para controlar as condutas lesivas à sociedade. Despenalizar, por sua vez, significa adotar medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam evitar ou restringir a aplicação de penas privativas de liberdade ou a sua execução (GOMES, 2007).

O Art. 28 da Lei n° 11.343/2006 descreve uma conduta que permanece caracterizada como criminosa, já que trata de conduta lesiva à saúde pública e ao bem estar social, pois expõe à sociedade aos possíveis danos causados pelas condutas desviadas dos usuários de drogas. Portanto, não houve *abolitio criminis*, mas apenas despenalização.

Nesse sentido, já decidiu a primeira turma do Supremo Tribunal Federal em julgamento do Recurso extraordinário 430.105/RJ, sob os seguintes argumentos:

1. O art. 1° da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou uma contravenção penal – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição de liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5°, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desprezo do legislador pelo 'rigor técnico', que o teria 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). E. Ao uso da expressão 'reincidência', também não se pode emprestar um sentido 'popular', especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição 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 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). 5. Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida com exclusão, para o tipo, das privativas de liberdade. 6. 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 (RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, DJ, 24-4-2007, p. 00069).

Em outras palavras, os argumentos do Supremo Tribunal Federal são os seguintes: o Art. 28 da Lei nº 11.343/06 está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado dos Crimes e Das Penas. Com efeito, não ousaria o legislador infraconstitucional inserir a conduta do usuário em capítulo específico para modalidades criminosas, em total desapego às formalidades técnicas, próprias do processo legislativo. Se a conduta descrita no Art. 28 não configurasse um crime, a condenação anterior pelo mesmo artigo não geraria reincidência, conforme prevê o Art. 63 do Código Penal, segundo o qual somente será reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal; o Art. 30 da mesma lei regulamenta o instituto da prescrição em desacordo com os Arts. 107 e seguintes do Código Penal, que estabelecem que somente os crimes e as contravenções penais prescrevem; os juizados especiais criminais são competentes para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo. Assim, se o Art. 28 não configurasse um crime, não poderia ser julgado, em tese, perante o rito sumaríssimo dos juizados especiais.

Luiz Flávio Gomes (2007) rebate, com muito critério, todos os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. No entanto, pela leitura diversificada do tema, verifica-se que as posições destes autores são, em regra, baseadas em um formalismo exacerbado. Todavia, concorda-se com Luiz Flávio Gomes (2007), no que se refere às contra-argumentações referentes ao instituto da pres-

crição e da reincidência. Atualmente o instituto da prescrição é válido para infrações penais e não penais, sendo, também, aplicado inclusive aos atos infracionais.

As infrações administrativas e os próprios ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. A reincidência de que trata o § 4º do Art. 28 é popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das penas alternativas. Portanto, se o mais (contravenção + crime) não gera reincidência no Brasil, seria inconcebível que o menos (infração *sui generis* + crime) não gera reincidência no Brasil, seria inconcebível que o menos (infração *sui generis* + crime) a gerasse.

A par da discussão acerca dos aspectos formais referentes à natureza jurídica do crime de posse de drogas para consumo pessoal, deve-se destacar que a conduta prevista no Art. 28 tem conteúdo material de crime, pois representa um comportamento pernicioso à saúde pública e ao bem estar coletivo. Nesse sentido, doutrina Fernando Capez (2006, p. 7):

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que os informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político constitucional. Não se admitem critérios absolutos na definição de crimes os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito).

Seria inconcebível conviver em uma sociedade em que o uso de drogas fosse completamente descriminalizado, uma vez que o usuário de drogas não estaria comprometendo apenas a sua própria saúde, mas a de todo o corpo social, ou seja, a legalização das drogas ensejaria um custo social sem precedentes na história brasileira.

Ademais, frise-se que o crime previsto no Art. 28 não proíbe o simples uso da droga, mas o perigo social representado pelo seu porte, em obediência ao princípio da alteridade ou transcendentalidade, que proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente, ou seja, nenhuma pessoa pode ser punida por ter feito mal a si mesma, sem que prejudique o interesse de terceiros. Extraí-se, portanto, que a intenção do legislador foi a de descrever uma conduta que representa um risco para o corpo social, tendo em vista que a livre circulação de substâncias entorpecentes poderia acarretar um dano sem precedentes para a sociedade brasileira.

Por fim, resta claro que a posse de drogas para consumo pessoal permanece caracterizada como crime. Através de uma leitura diversificada, seja por meio de livros acadêmicos, publicações ou artigos da internet, não há dúvida de que o legislador não teve a intenção de descriminalizar o fato criminoso e o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a conduta do usuário continua sendo crime.

A legislação referente à questão das drogas era composta pelas Leis n.ºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, e 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Essa última pretendia substituir a Lei n.º 6.368/76, mas o projeto de lei possuía tantos vícios de inconstitucionalidade que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovado em sua parte processual, o que possibilitou a vigência simultânea de duas legislações sobre drogas: uma abordagem, o aspecto penal; a outra dispendo sobre o aspecto processual, o que ocasionava um verdadeiro conflito hermenêutico.

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro estava a reclamar um novo diploma legislativo sobre o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes, uma vez que a legislação anterior apresentava diversas deficiências técnicas, principalmente no que se refere à criminalização de usuários e traficantes, que, por diversas vezes, foram submetidos a condenações desproporcionais ao delito praticado, em consequência das falhas existentes no texto da legislação revogada.

As modalidades criminosas referentes ao consumo e ao tráfico de substâncias entorpecentes, tipificadas pela legislação anterior, mostraram-se insuficientes para conter o aumento da criminalidade nas favelas e bairros de classe das grandes cidades brasileiras, que quase sempre tem relação direta e imediata com o crescimento do consumo de drogas.

No que se refere ao tratamento dispensado aos traficantes, a Lei n.º 11.343/2006 estabeleceu uma espécie de graduação de crimes, ou seja, a criação de condutas penais intermediárias, que não são punidas de forma tão grave quanto o tráfico, nem tão brandas quanto o uso. Para a conduta tradicional do tráfico de drogas, estabelecida no *caput* do Art. 33, a lei estabeleceu um tratamento bem mais severo, tanto que a punição mínima aumenta de três para cinco anos de prisão, podendo chegar a quinze anos, sem direito a fiança.

A lei tipifica a figura do incentivador do tráfico, sendo aquele que simplesmente oferece drogas, eventualmente e sem o objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. Na verdade, não se trata de um traficante, tanto que a lei estabeleceu pena de seis meses a um ano e pagamento de setecentos a mil e quinhentos dias-multa. Esse dispositivo tem por objetivo resolver o problema da jurisprudência quanto à roda de fumo, onde, em vários casos concretos, o participante dessa rodas era enquadrado como traficante.

A lei, também, estabelece a figura típica do financiador do tráfico. Trata-se da mais preocupante figura do tráfico de drogas em geral, que é aquele que tem extremo poder econômico e custeia a logística do tráfico, chamado de grande traficante ou de chefe do narcotráfico. Para esses casos, a lei estabeleceu uma pena mínima de oito anos, podendo chegar a vinte anos e a multa varia de mil e quinhentos a quatro mil dias-multa.

Outro aspecto fundamental diz respeito à questão da retroatividade ou irretroatividade da legislação vigente. Este fenômeno jurídico ocorre

toda vez que há uma sucessão de leis, acarretando um conflito de leis penais no tempo, denominado pela doutrina de direito intertemporal. O conflito de leis penais no tempo é solucionado por dois princípios básicos do Direito Penal, quais sejam: irretroatividade da lei penal mais maléfica e retroatividade da lei penal mais benéfica.

Comparando-se a Lei n° 11.343/06 com a Lei n° 6.368/1976, constata-se que ora a lei vigente é mais favorável, ora mais severa. Assim, nos pontos em que a lei atual for mais favorável deve retroagir para beneficiar o réu. A lei mais prejudicial para o acusado, esta não deve retroagir.

Para o tráfico e crimes assemelhados, antes regulados no Art. 12 da Lei n° 6.368/76, agora regulados no Art. 33 da Lei n° 11.343/06, em sua quase totalidade, a legislação vigente foi mais prejudicial para o traficante, portanto, ocorreu uma *novatio legis in pejus*, de forma que somente incide para as situações novas.

Uma das maiores polêmicas da legislação vigente é a possibilidade de diminuição de pena instituída pelo Art. 33, § 4°. Por meio deste dispositivo legal, os traficantes poderão ter sua pena reduzida 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 a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Como essa hipótese de redução de pena não constava na lei anterior, trata-se de *novatio legis in mellius*. Dessa forma, vários traficantes que cometeram crimes sob a égide da Lei n° 6.368/76 poderão ser beneficiados, tendo em vista que esse dispositivo estabelece uma situação mais benéfica para o acusado.

O dispositivo em análise deixa margem a uma série de interpretações duvidosas, principalmente no que se refere à expressão organização criminosa, tendo em vista que o juiz, no momento da condenação, não terá os meios necessários para auferir se o traficante pertence ou não a uma organização criminosa.

CONCLUSÃO

O escopo deste trabalho foi discutir os aspectos técnicos da Lei 11.343/06 e seus reflexos na sociedade brasileira. Verificou-se que a legislação anterior estatuiu um sistema bastante repressor e atribuía ao usuário de drogas uma pena desproporcional ao delito praticado. Seguindo uma tendência mundial, a legislação atual extinguiu a pena privativa de liberdade para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, em observância aos modernos princípios da política criminal, que vê o usuário mais como uma vítima do que como um criminoso. Há muito tempo, a aplicação da pena de prisão vem sofrendo diversas críticas, prevalecendo o consenso de que o encarceramento não resolve a situação.

Observou-se que não seria encarcerando o usuário de drogas que ele deixaria de consumir drogas, pelo contrário, é de conhecimento público que nos presídios há uma grande disseminação do uso de drogas, o que só aumenta a vontade de se drogar cada vez mais. Uma política de prevenção ao uso indevida de drogas e a reinserção social do usuário poderá ser a melhor forma de se combater esse mal em nosso país.

Percebeu-se que a conduta do usuário continua sendo crime, assim, a nova lei não descriminalizou o uso de drogas, visto que o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou nesse sentido. Não podia ser de outra forma, pois além da discussão técnica acerca da suposta descriminalização, não se pode deixar de lembrar que o uso de drogas é uma conduta lesiva à sociedade, na medida em que a lei não proíbe a mera utilização, mas o perigo social representado pela detenção da substância entorpecente.

Dessa forma, resta claro que houve apenas a despenalização da conduta criminosa, assim, inúmeros usuários que cometeram crimes e estão cumprindo pena poderão ser beneficiados pela nova legislação, por se tratar de *novatio legis in mellius*, fazendo com que a lei retroaja para beneficiá-los.

Dentro desse contexto, o Estado deve oportunizar orientação, por meio da rede escolar e campanhas educativas, e, na iminência ou na instalação do uso ou da dependência, acompanhamento psicológico, social, médico e psiquiátrico, ou seja, deve proporcionar saúde aos cidadãos, no seu conceito mais amplo, de bem-estar físico e psíquico; tendo como finalidade contribuir para um processo evolutivo da humanidade facilitando o florescimento das potencialidades humanas e operacionalizando seu propósito por meio de atividades e ações ampliadas por diversas áreas da educação.

Investir na prevenção ao uso de drogas é investir na educação para a vida, ou seja, é ensinar o indivíduo a conviver com drogas lícitas e ilícitas com condições de optar por uma vida mais saudável e lúcida.

A prevenção do uso de drogas é uma ação que contribui para a sustentabilidade do país, pois atua na construção do autodesenvolvimento e da autoconfiança, construindo novas práticas e valo-

res individuais, grupais e coletivo. Investir em prevenção é reduzir o número de usuários de drogas e, conseqüentemente, a oferta do produto, prevenindo as conseqüências sociais e tornando a sociedade mais saudável.

Estudos apontam uma boa relação custo-benefício do tratamento; o resultado mais comum dos diversos tratamentos é a redução do consumo nos anos posteriores, bem como a diminuição das atividades ilegais e do comportamento criminal do dependente. O tratamento, porém, necessita ser entendido como um processo contínuo.

Finalmente, concluí-se que a Lei 11.343/06, em sua quase totalidade, representa uma conquista para a sociedade brasileira, já que fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da mínima intervenção do Direito Penal, buscando estabelecer um equilíbrio entre o simples uso da droga e o crime mais grave de tráfico, além de primar pela prevenção e reinserção social de usuários e dependentes.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Jeferson. **Noções sobre Merla**. 20 mar. 2007. Disponível em: <www.jefersonbotelho.com.br>. Acesso em: 28 abr. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal de 1940. **Diário da União**, Brasília, DF, 31 dezembro 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL?Decreto-Lei/Del2828compilado.htm>>. Acesso: 28 abr. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1941. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/leiintroducaocodpenalcontravencoes.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

BRASIL. Lei n° 11.343/06, 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 agosto 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei11343.htm>. Acesso em: 28 abr. 2010.

BRASIL. Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6368.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

BRASIL. Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5°, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 julho 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n° 430.105-RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 24 de abril de 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. **A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário**. jul. 2007. Disponível em: <<http://www.blogdofg.com.br.19>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

DAMASIO, Evangelista de Jesus. Portar droga para uso próprio é crime? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1794, 30 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

GOMES, Luiz Flávio et al. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

IBIAPINA, Diva Lucy de Faria Pereira. **A penalidade de advertência na nova lei de tóxicos à luz do direito processual constitucional**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2907>. Acesso em: 27 abr. 2010.

KUMPEL, Vitor. **As principais inovações da lei de drogas**. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/SiteEPM/Artigos/135.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

LARANJEIRA, Robnaldo. **Dependência química**. Psiquiatra (UNIAD) Unidade de pesquisa e drogas. 14 jul. 09. Disponível em: <<http://especiais.profissaoreporter.globo.com/programa/tag/crack/>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

LEAL, João José. **Política criminal e a lei n° 11.343/2006**: nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

LOPES, Patrícia. **Equipe Brasil escola**. Disponível em: <www.brasilescola.com>. Acesso em: 29 abr. 2010.

MARCÃO, Renato. **A lei de drogas e os seus reflexos na execução penal**. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/caocrim/material/lei_drogas_renato_flavio_marcao.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2007.

MINGARDI, Guaracy. Doutor em Ciências Humanas e atual Diretor Científico do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas. Disponível em: <www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 29 abr. 2010.

MORAES, Alexandre de et al. **Legislação penal especial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves et al. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas: deriminalização, transação penal e retroatividade benéfica**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/marcelogoncalvessaliba/usuarios.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

Recebido em: 10 de setembro de 2013

Avaliado em: 25 de setembro de 2013

Aceito em: 28 de setembro de 2013
