

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**MAYARA NEMITZ MACHADO PALMEIRA**

**ANÁLISE DO CRIME DE USO DE DROGAS E SUA E (IN)EFICÁCIA  
QUANTO AOS FINS DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO À LUZ DO ART.  
28 DA LEI 11.343/2006.**

**VOLTA REDONDA**

**2018**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA**  
**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**ANÁLISE DO USO DE DROGAS E SUA E (IN)EFICÁCIA QUANTO  
AOS FINS DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO À LUZ DO ART. 28 DA LEI  
11.343/2006.**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Mayara Nemitz Machado Palmeira

Orientadora:

Éricka Júlio Batitucci

**VOLTA REDONDA**

**2018**



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Análise do crime de uso de drogas e sua  
(in) eficácia q<sup>to</sup> aos fins da aplicação de Saneas  
à luz do ART. 28 da Lei 11343/06

Elaborado por Mayara N. Machado Palmeira apresentado  
publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de  
Direito.

Aprovada em 31 de outubro de 2018

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Dedico este trabalho a Deus, que me permitiu ter forças para continuar, à minha base chamada pai, que está vencendo a depressão e é o motivo pelo qual estou aqui, ao meu namorado que posso equipará-lo ao artigo 5º de tão fundamental na minha vida, e à minha... Se é que eu devo chamar de mãe, que quando eu mais precisei, quase me fez desistir nos últimos períodos da faculdade.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, aos meus familiares que confiaram em mim e no meu potencial, ao amor da minha vida, Felipe, por aguentar as numerosas crises de estresse e ansiedade, as pessoas que conviveram comigo ao longo desses cinco anos, a galera do ônibus, da faculdade, aos mestres professores do UniFOA, pelo proveitoso aprendizado. E por último mas não menos importante, deixo registrado o meu muito obrigada principalmente à minha orientadora, que num desabafo desanimado não permitiu que eu desistisse, injetando ânimo através de palavras tão reconfortantes. E agora eu afirmo também, professora Éricka, que “o importante é não desistir” mesmo.

## RESUMO

O advento da Lei nº 11.343/06, que teve como finalidade substituir as confusas leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002, criou uma controvérsia no que tange à natureza jurídica do seu art. 28, cujo foram criadas tão somente penas alternativas à quem tem a posse de drogas para consumo pessoal, no caso, o usuário. O tema debatido é a existência da política preventiva relacionada ao usuário de drogas, tratando o usuário como vítima, ao invés de corrigi-lo de forma mais severa ou então seguir a política descriminalizadora. A medida de redução de danos com sua pena possuindo caráter não coercitivo, continua não gerando os efeitos esperados para que o problema seja solucionado. É necessário adotar além destas medidas alternativas através de um modelo de redução de danos e conscientização, dentre as quais se destaca a total descriminalização do usuário, o que é debatido como tema deste trabalho, visto que a pena da condenação pode ser mais branda do que a proposta de transação penal, oferecida ao infrator no início do processo. Isso, quando consegue localizá-lo para receber o mandado de intimação, ocorrendo muitas vezes a prescrição e o agente acaba de uma maneira ou de outra, não sendo punido pelos seus atos.

Palavras-chave: Lei de Drogas; Usuário de Drogas; Ineficácia da Lei; Descriminalização; Despenalização.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 CONTEXTO HISTÓRICO E DEFINIÇÕES.....</b>	<b>11</b>
2.1 HISTÓRICO.....	11
2.2 DEFINIÇÃO DE DROGAS.....	20
2.3 CONCEITO DE USUÁRIO.....	21
<b>3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....</b>	<b>23</b>
3.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	23
3.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	24
3.3 NORMA PENAL EM BRANCO.....	26
3.4 CONDUTAS INCRIMINADORAS.....	26
3.4.1 Adquirir.....	27
3.4.2 Guardar.....	27
3.4.3 Tiver em depósito. ....	28
3.4.4 Transportar. ....	28
3.4.5 Trouxer consigo.....	28
3.5 ASPECTO SUBJETIVO DO MAGISTRADO.....	28
3.6 CONDUTAS INCRIMINADORAS EQUIPARADAS - § 1º.....	31
3.6.1 Semear.....	31
3.6.2 Cultivar. ....	31
3.6.3 Colher.....	32
3.7 DAS PENAS.....	32
3.7.1 Advertência. ....	36
3.7.2 Prestação de serviços à comunidade.....	37

3.7.3 Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.....	38
3.7.4 Reincidência.....	39
3.7.5 Admoestação verbal e multa.....	39
3.8 TRATAMENTO ESPECIALIZADO GRATUITO.....	40
3.9 DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO.....	42
4 ANÁLISE DO CRIME DE USO DE DROGAS E SUA E (IN)EFICÁCIA QUANTO AOS FINS DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO À LUZ DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006.....	48
5 CONCLUSÃO.....	53
6 REFERÊNCIAS.....	55

## 1 INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo e o progresso da sociedade, tornou-se evidente o pensamento de que o tratamento criminal exigido pela antiga Lei nº 6386/76, que concedia a pena privativa de liberdade ao usuário que estivesse portando droga, não se exprimia de modo eficaz para que o usuário conseguisse alcançar a ressocialização.

Com a instituição da Lei nº 11.343/06, houve uma modificação do tratamento do usuário, estabelecendo penas restritivas de direito que viabilizassem a integração com o ambiente social novamente.

A presente pesquisa objetiva de maneira sucinta relatar um histórico do uso de drogas, bem como conceitos de usuário e drogas, e expor também os motivos pelos quais o combate às drogas necessita de soluções adequadas e políticas racionais principalmente no que se refere ao tratamento na esfera penal do infrator.

Motivo este que estimulou a maneira de estudo ao combate às drogas que culminou na maneira como se dá a sanção aos usuários de drogas através da nova Lei nº 11.343/06, sob o qual tem-se a previsão de uma atitude desencarceradora, e a finalidade de dar um maior suporte ao usuário que esteja caracterizado como dependente, aplicando medidas socioeducativas para abandonar o vício.

Desta forma, a questão que orienta a presente pesquisa é, a aplicação das penas de medidas alternativas é eficaz para prevenir e reprimir o uso de drogas? Visto que não basta uma lei apenas escrita. Ela deve ter aplicabilidade para que se atinja a eficácia da norma penal, sendo necessária inclusive uma estrutura social para haver a possibilidade do cumprimento das penalidades e determinações que o artigo traz.

Neste trabalho, a metodologia adotada será a exploratória, pois os objetivos do presente serão observar análises documentais sobre o assunto, esse método também vale quando há uma consulta de documentos legais para realizar a pesquisa, como leis, regulamentos e normas técnicas utilizando-se de procedimentos e fontes de pesquisa como a letra de lei, documentos e bibliografia, encontrados em acervos públicos e privados.

Ela será compreendida em 4 capítulos, o primeiro é abordado conceito histórico e definições, as evoluções e mudanças no tocante ao assunto das drogas desde as Ordenações Filipinas até os dias atuais, em síntese, antes do advento do mencionado diploma legal, a questão sobre as drogas e os crimes a elas relacionados eram tratados de forma mais detalhada por duas legislações, a saber, pelas leis de nºs 6.368/76 e 10.409/02, ambas revogadas pela atual Lei de Drogas nº 11.343/06.

No segundo capítulo, serão abordados princípios norteadores, como também condutas, circunstâncias incriminadoras e as equiparadas, bem como suas penas, e sobre o tratamento especializado gratuito, e ainda, um dos estímulos para a discussão acerca da descriminalização e despenalização do crime abordado, que é a impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, vista também neste capítulo.

Tais constatações induziram a realização da presente pesquisa, com a qual é pretendido analisar o instituto, vigente há mais de dez anos que até os dias atuais fomenta intensos debates, já que não é pacífica a jurisprudência sob a qual trata do assunto.

O terceiro e último capítulo, trata do tema deste trabalho, que dispõe sobre a (in)eficácia quanto aos fins da aplicação de sanção efetiva, que deveria ser capaz de reprimir e punir o agente por um crime que foi despenalizado, ficando a atual lei improdutiva, pois serão observadas as hipóteses das sanções que deram fundamento à (in)eficácia do combate ao uso da droga mesmo em se tratando de conduta prevista como crime.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO E DEFINIÇÕES

### 2.1 Histórico

Para iniciar os estudos da atual lei de drogas, a 11.343/2006, se faz necessária a compreensão de seu histórico, tratando e expondo as leis que a antecederam bem como do respectivo ordenamento jurídico, conforme se faz a seguir.

No Brasil, a primeira legislação criminal criada com a finalidade de punir o uso, bem como o comércio de drogas, ocorreu através do Livro V das Ordenações Filipinas. Após, vieram o Código Penal Republicano, de 1890, a Consolidação das Leis Penais, em 1932, o Decreto nº 780, modificado pelo Decreto-Lei nº 891, de 1938, e o Código Penal de 1940, seguido pela Lei nº 6.368/1976 até chegar a Lei atual, nº 11.343/2006, que é objeto deste trabalho.

As Ordenações Filipinas, de 1603 deram início prevendo as penas de confisco de bens e degredo para a África caso portassem, utilizassem ou vendessem substâncias tóxicas. Desde os tempos de colônia, até 1912, com a adesão à Conferência Internacional do Ópio, o Brasil continuou nessa linha.

O título LXXXIX do livro determinava que:

“Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar 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.”<sup>1</sup>

A infração penal em análise é exemplo do rigor característico das disposições presentes nas Ordenações Filipinas. Considerando crime certos desvios meramente morais, cominando penas corporais, infamantes e cruéis, e até mesmo a pena de morte para diversas condutas, tal codificação representa bem a ideologia vigente a seu tempo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> REGINA, Saritha Pedreira Chagas Marino. **O Proibicionismo das drogas no Brasil**. In Jus Navegandi. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id\\_dh=12117](https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=12117) Acesso em 19 de abril de 2018.

<sup>2</sup> AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. In Juris Way. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14470/a-evolucao-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas>> Acesso em 20 de abril de 2018.

Como a respectiva legislação expressava, a sanção era ser deportado para a África, ou então perder a fazenda. No Código de 1830 não havia mencionado nada a respeito da proibição do comércio ou o consumo de entorpecentes/drogas. Desse período até 1890 existiam somente poucas limitações, como por exemplo a vedação pela Câmara Municipal do Estado do Rio de Janeiro, em que a pena tanto era para o vendedor como para os que consumissem o pito de pango.

“A câmara do Rio já havia fixado punições para “os contraventores”. No grupo estavam incluídos o vendedor do Pango, que pagaria multa, e “os escravos e mais pessoas que dele usarem (sendo punidos) em três dias de cadeia”<sup>3</sup>.

A proibição em nível nacional voltou no Código Penal de 1890, já sob o modelo republicano. O artigo 159 do Código, incluído no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública) previa como crime: "expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários". A pena era de multa. A proibição era destinada aos boticários, para prevenir o uso de veneno para fins criminosos. Nada pronunciava a respeito dos usuários. Até então não havia uma normalização que permitisse extrair uma coerência programática específica<sup>4</sup>.

O Código Criminal da República foi preparado com muita pressa, e apesar de ter sido mal sistematizado, dentre outras falhas, o Código Criminal da República, demonstrou um grande avanço na legislação penal daquele período, tendo em vista que instalou o regime penitenciário com a principal finalidade de repreender o infrator e ainda aboliu a pena de morte.

Visto que não seria possível alterar o código repentinamente, foram criadas diversas leis a fim de completá-lo, no entanto, gerou-se muita confusão e dúvidas na sua aplicação.

Desta forma, coube ao desembargador Vicente Piragibe o dever de juntar todas essas leis extravagantes. Surgia, assim, por meio do Decreto nº 22.213, de 14

---

<sup>3</sup> VILLELA, Gustavo. **Pito do Pango' na década de 30, maconha era vendida em herbanários do Rio**. In O GLOBO. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/pito-do-pango-na-decada-de-30-maconha-era-vendida-em-herbanarios-do-rio-13352181>> Acesso em 08 de novembro de 2017.

<sup>4</sup> SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

de dezembro de 1932, a denominada Consolidação das Leis Penais de Piragibe, que estavam em vigor até 1940.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes<sup>5</sup>.

Imaginava-se que transcorreriam complicações tanto em relação à questões de saúde como de segurança pública. E foi elaborada pelos tratados internacionais da primeira metade do século XIX, e gradualmente traduzida para a legislação brasileira. Aproximando-se de 1940, o Código Penal nacional reforçou a escolha do Brasil de não criminalizar o consumo, e desde esta fase histórica, apenas se mencionava em descriminalização do uso de drogas. Neste período, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência majoritária, já verificavam que se punia somente os comerciantes de drogas, no caso os traficantes e não punia quem usava essas drogas.

Após, surgiu o Decreto Lei 385/68 modificando o artigo 281 do Código Penal criminalizando a conduta do usuário de drogas, sendo aplicada a este a mesma pena dada ao traficante tendo em vista o modelo “proibicionista sistematizado” que tinha como objetivo diminuir o comércio e o uso das drogas. Após três anos de sua vigência, foi novamente alterado pela Lei nº 5.726/71 que tratou de medidas tanto repressivas como preventivas ao uso e tráfico de drogas. Salo de Carvalho diz que a mudança tratava-se da conduta do usuário como “dependente” e a do traficante “delinqüente”<sup>6</sup>.

O Decreto Lei, alterou a redação, tendo em vista uma maior repressão e foi publicado em 1968 o Decreto-lei 38512, com a finalidade de alterar o que estava disposto no artigo 281 do Código Penal.

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

<sup>6</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

Artigo 281 - Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: III-traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica<sup>7</sup>.

Conforme tratado por Salo de Carvalho, a Lei 5.726/1971 referia-se como criminoso o dependente químico, e só se tratava no caso em que figurasse como sujeito ativo de algum crime.

Mesmo com toda alteração das leis, que inibiam o consumo e o tráfico de drogas, via-se a luta difícil para que fossem combatidas essas substâncias, uma vez que as formas de descumprimento das leis cresciam. Neste momento, a última Lei vigente na época foi substituída pela Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976, que firmava também sobre medidas de prevenção e repressão colocando em artigos separados a conduta do usuário e do traficante, e ainda, impondo a necessidade do laudo toxicológico para confirmar a veracidade do uso.

Na Lei 6.368/76 era admitido o SURSIS (uma medida penal cuja natureza é restritiva de liberdade a fim de repreender e prevenir. Não é exatamente um benefício, e seu propósito tem o intuito de reeducar o infrator de “pequena periculosidade” e que cometeu ato ilícito não tão grave), o desenvolvimento progressivo do regime e a substituição por pena restritiva de direitos, na circunstância de estarem presentes os requisitos prescritos no Código Penal.

Esta lei, já previa 16 artigos referentes ao usuário e 12 para o tráfico, que estabelecia penas de 6 meses até 2 anos para o usuário de drogas ilícitas e de 3 a 15 anos para o traficante.

A Lei 6.368/1976 deu uma abordagem mais ampla aos dependentes, uma vez que fazia a previsão da obrigatoriedade em existir de locais adequados e próprios para o tratamento e assistência aos dependentes. Ou seja, o legislador já observava e demonstrava uma maior preocupação com os dependentes.

Neste contexto, reafirma Salo de Carvalho:

“Embora a Lei 6.368/76 rompa com a lógica da Lei 5.726/71 e a do Decreto-Lei 385/68, diferenciando o tratamento punitivo entre porte e comércio de

---

<sup>7</sup> **Decreto-Lei 385/68**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103303/decreto-lei-385-68>> Acesso em 27 de agosto de 2018

drogas ilícitas, as alterações em matéria de penas evidenciam o aprofundamento da repressão”<sup>8</sup>

Mas, embora esta última lei tenha tido um avanço, pelo seu motivo principal pretender tratar de modo diferente o traficante do usuário, com o passar do tempo a mesma já não era o suficiente para reduzir a criminalidade.

Num momento posterior, houveram algumas mudanças para favorecer os usuários com as Leis 9.099/1995, que é a lei dos Juizados Especiais tanto os criminais quanto os cíveis e a Lei 10.259/2001. Em 2002, foi aprovada a Lei 10.409 com o objetivo de revogar a Lei no 6.368/1974. Todavia, tal revogação não aconteceu, em razão do presidente da República vetar parte da legislação, provocando várias dificuldades na sua aplicabilidade, uma vez que ambas as leis eram utilizadas.

A Lei 10.409/2002 tinha uma grande preocupação em relação aos prejuízos provocados pelos entorpecentes aos usuários, por este motivo, previa o envolvimento em projetos e atividades que permitissem os dependentes e usuários a se reinserirem na sociedade com a ajuda de empresas privadas. Em troca, elas seriam beneficiadas pela Administração Pública. Apesar de seus vários vetos, a Lei 10.409 de 2002 foi a que melhor apresentou o tema por compreender e dar maior atenção ao dependente, quando dispôs em seu § 1º do art. 12 da referida Lei, que o tratamento do dependente ou do usuário deverá ser realizado de maneira multiprofissional, e sempre que possível, com o acompanhamento da família para que seja alcançado o objetivo previsto na lei.

O texto da Lei 10.409/02 aprovado pelo Congresso Nacional, apesar de manter o caráter delitivo da conduta de porte para uso pessoal, 76 optava pelo rito e pelas alternativas pré-processuais estabelecidas na lei que regula o procedimento nos delitos de menor potencialidade ofensiva (Lei 9.099/95), adotando explícitas medidas descarcerizantes. Em relação às hipóteses de comércio, porém, reproduzia a incriminação das condutas previstas no art. 12 da Lei 6.368/76, mantendo as mesmas quantidade e espécie de pena<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Salo de, **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42.

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 58.

No que se refere ao processo penal, a Lei 10.409/02 alcançou a sua vigência, e restou apenas a estrutura material do direito penal, que trata as penas e os delitos, ficaram atreladas à antiga Lei 6.368/76.

Cabe salientar que mesmo com a vigência da Lei 10.409/2002, embora tenha havido mudança, não houve uma alteração prática muito considerável face ao que já dispunha a lei anterior quanto em relação às medidas de tratamento. E tanto o dependente como o usuário continuavam sujeitando-se, à possibilidade de acompanhamento e tratamento ambulatorial ou internação, de acordo com a antiga Lei 6.368/76.

A atual Lei 11.343/06 permite que seja mantido muito do que regulava a Lei 6.368/76, cuja criação foi feita durante o período da ditadura militar. Porém, a vigente lei prevê penas não tão gravosas e amplia o campo de punição para produtores, consumidores e distribuidores de drogas, inclusive, aumenta a pena do tráfico de drogas. O grande número de qualificadoras previsto na Lei atual em seu art. 33 também afeta diretamente no aumento de algumas penas, uma vez que quase sempre a conduta do criminoso ali tipificada, poderá ter qualificadora.

Várias são as críticas quanto aos desrespeitos estabelecidos na legislação vigente a preceitos de direito penal e direito processual penal. O princípio da lesividade da conduta proibida é violado, juntamente com normas do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Constituição Federal de 1988, quando, ao antecipar o momento da criminalização da conduta, a Lei 11.343/06 abandona a fronteira entre consumação e tentativa, impossibilitando a existência da segunda opção.

A legislação também tipifica atos preparatórios, estabelecendo como conduta apenável até mesmo a posse de maquinário que possa ser usado na produção de substância ilícita, sem que o seja efetivamente, por exemplo.

Em relação ao porte para consumo pessoal, distante dos processos de descriminalização sustentados por políticas de redução de danos ocorridos em inúmeros países europeus nos últimos anos, têm-se a manutenção de sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas (medidas educacionais). Ofuscadas pelo sentido terapêutico, as medidas propostas enclausuram usuários e dependentes no discurso psiquiátrico-sanitarista, possibilitando diagnosticar que a pretensa suavização do tratamento penal ao usuário opera como inversão ideológica dos programas de redução de danos, ou seja, apesar de estabelecer formalmente a impossibilidade de aplicação

de pena carcerária aos sujeitos envolvidos com drogas – situação consolidada na realidade jurídica nacional desde a inclusão do porte para uso pessoal na categoria de delito de menor potencial ofensivo –, conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis<sup>10</sup>.

Agora, com a nova lei de Drogas, nº 11.343/06 a pena de prisão para o usuário e também para o dependente torna-se inexistente, cabendo sua aplicação para aquele que tem droga ou a planta para consumo pessoal. Desarte, as penas para aqueles que são usuários ou dependentes, podem ser advertidos sobre os efeitos da droga, realizarem prestação de serviços à comunidade, e frequentarem a programas educativos ou cursos. Nas duas últimas hipóteses, o prazo máximo é de apenas cinco meses. Na hipótese de reincidência, o prazo aumenta para 10 meses.

O juiz, através de sua escolha, poderá ainda aplicar um aconselhamento verbal e até mesmo poderá aplicar multa ao usuário ou dependente se por acaso recusar, sem justificar o motivo pelo qual o levou a não aceitar o cumprimento da imposição da lei referente às medidas educativas impostas.

A legislação mudou ainda no sentido de passar a diferenciar o traficante que pratica o crime de forma profissional ou eventual, que comete este crime pela necessidade de obter a droga para o próprio consumo e que passou a ter direito a uma redução no que tange a sua pena.

No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas a sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (art. 28, § 3º 188), a pena de prisão: “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”. Ocorre, portanto, com o ingresso da lei nova no cenário jurídico, explícita descarcerização dos delitos relativos ao uso de drogas<sup>11</sup>.

Este modo de observar através da perspectiva de minimizar os danos, conforme a lei mais nova, desde a atuação garantista na esfera processual penal,

---

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 66.

<sup>11</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

encontra apoio na Constituição Federal de 1988, induzindo, ainda, a pensar que está prevista explicitamente como comando após a alteração.

O presente artigo 28 vem tratar do agente que tem a possibilidade de comprovar que a substância é para uso pessoal, descartando a hipótese de estar numa situação de tráfico. Qualquer pessoa como elemento do tipo será sujeito ativo, cabendo observar os impedimentos do art. 27 do Código Penal. O elemento subjetivo sempre será doloso, e consiste na prática de qualquer das condutas, tendo como propósito o uso próprio. O bem jurídico a ser protegido é a saúde pública em seu primeiro plano e o usuário de em segundo.

O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes<sup>12</sup>.

A consumação se dá simplesmente com a prática do ato, pois é crime de mera conduta.

Conforme Fernando Capez, a simples verificação das substâncias prescritas pelo paciente já encontram-se listadas na Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, onde trata das substâncias subordinadas a controle especial, é o bastante para que seja caracterizada como droga.

Cabe ressaltar, de acordo com o Ministro Felix Fisher, que o exame pericial é necessário para avaliar a potencialidade tóxica, a natureza e a quantidade da substância apreendida, que não a possibilidade de causar dependência, sejam auferidos, visto que este ponto já é respondido na lista mencionada.<sup>13</sup> Pois, pode-se observar que, tratando de norma penal em branco, os dados referentes às substâncias ilícitas são elencadas através de lei específica ou em listas que estarão sendo atualizadas periodicamente pelo poder competente, o Poder Executivo da União.

Ao contrário da revogada Lei n. 6.368/76, a nova Lei não utiliza mais a expressão “substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica”, mas, sim, o termo mais amplo “droga”. De acordo com o 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

---

<sup>12</sup> STJ, RHC 35.920/DF, 6ª-T. rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20-5-2014

<sup>13</sup> STJ, RHC 139.667/RJ, 5ª-T. rel. Min. Felix Fisher, j. 17-12-2009, DJe de 1º-02-2010, Lex STJ 246/220, RSTJ 218/557.

pelo Poder Executivo da União”. De acordo com o 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 n. 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), de 12 de maio de 1998<sup>14</sup>.

A tentativa é muito difícil de ser caracterizada, pois não há quase nenhuma relevância penal por não haver pena privativa de liberdade que possa ser reduzida na forma do art. 14, II do CP, no entanto, cita Renato Marcão, que admite-se a tentativa apenas na modalidade adquirir<sup>15</sup>, visto que se a conduta não ingressar no iter criminis e ocorrer apenas atos preparatórios, haverá apenas a tentativa.

Capez questiona como seria a aplicação da pena com o redutor de 1/3 a 2/3 se caso o crime for tentado, conforme previsão no parágrafo único do art. 14 do CP. Pois, se não existe mais a pena privativa de liberdade, qual seria o procedimento para a redução? Veremos:

No caso da prestação de serviços à comunidade e imposição de medida educativa, é possível realizar a dosagem da pena dentro dos prazos estabelecidos em lei (5 meses, se primário; 10 meses, se reincidente), o que não ocorre na advertência, a qual deverá ser aplicada sem qualquer diminuição. Convém ressaltar que na conduta de adquirir, é possível que alguém seja surpreendido tentando adquirir a droga<sup>16</sup>.

Determina ainda, a nova lei, sob seu artigo 48, parágrafo 1º, que o procedimento em qualquer das modalidades tipificadas do art. 28 está previsto na lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) que tem o objetivo de julgar todas as infrações penais cujo potencial ofensivo é baixo, visando, com um rito menos formal e mais célere, à reparação dos danos que a vítima sofreu, ou, no caso do usuário de drogas, a vítima é a saúde pública conforme já falado e desta forma, a lei permite a possibilidade de ocorrência da transação penal, da suspensão condicional do processo e, em último caso, uma possível condenação, cabendo a aplicação das “sanções” previstas no art. 28 incisos I, II e III, que é objeto deste trabalho e será analisado no capítulo 4.

---

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 7ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 757

<sup>15</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 7ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 766

## 2.2 Definição de drogas

Na Lei n.º 5.726/71 e na Lei n.º 6.368/76, eram utilizados o vocábulo entorpecentes para referir-se ao objeto material dos crimes de drogas, no entanto, a lei nova, a 11.343/06, passou a adotar a palavra droga como melhor termo por ser mais técnica, tendo em vista que, entorpecente é apenas um dos tipos de drogas. Na Grécia Antiga a droga significava dois sentidos: veneno e remédio era chamada de “pharmakon”.

Quanto à derivação, a palavra “droga” há discussão, pois alguns dizem que se origina através da palavra “droog” (holandês antigo) que tem significado de “folha seca”, pois antigamente, muitos medicamentos eram feitos à base de vegetais e outros acreditam que se originou de uma palavra persa que significa demônio. Conforme Javahé de Lima Júnior apresenta, sob esta ótica, tinha uma aceção positiva diante da finalidade de produzir efeitos benéficos à saúde de quem consumia.<sup>17</sup>

A definição mais aceita pela doutrina entre as apresentadas pela Organização Mundial de Saúde é a que define droga como “toda substância, natural ou sintética, capaz de produzir em doses variáveis os fenômenos de dependência psicológica ou dependência orgânica”<sup>18</sup>.

As drogas classificam-se de duas formas. A primeira é pelo grau de periculosidade que atinge o organismo e a segunda é a partir da ação que ocorrem as ações de seus efeitos quanto sua atividade mental, sendo esta última divulgada pela Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados pelo Rel. Deputado Fábio Fonseca e iremos utilizar como critério para classificação.

Os efeitos psíquicos são denominados na farmacologia como psicotrópicos e este termo engloba produtos sintéticos e também os naturais que geram efeitos parecidos com os daqueles. Os psicotrópicos podem ser divididos em

---

<sup>17</sup> LIMA JÚNIOR, Javahé de. **Lei de Drogas Comentada**. 1ª ed. – Florianópolis: Híbitus, 2017. P 15.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Paulo Thiago Bandeira de Mello Buys. **Drogas Lícitas e Ilícitas**. In *Marinha do Brasil*. Disponível em < <https://www.marinha.mil.br/saudenaval/content/drogas-l%C3%ADcitas-e-il%C3%ADcitas>> Acesso em 17 de agosto de 2018.

psicoanalépticos que são aqueles que estimulam, psicolépticos os que deprimem e psicodislépticos ou perturbam. Os psicoanalépticos aumentam a atividade mental estimulando o sistema nervoso. Proporcionam melhor socialização, aumentam o senso de humor, geram estado de alerta e prontidão, deixa o usuário agitado e provocam ausência de sono. Alguns exemplos de drogas estimulantes são: cocaína, o crack e a merla, as anfetaminas e a nicotina.

Os psicolépticos ao contrário dos psicoanalépticos, diminuem a atividade mental e geram sonolência, redução da atividade intelectual e da tensão emocional. As principais drogas depressoras são: o ópio, a morfina, os ansiolíticos ou tranquilizantes, os barbitúricos e o álcool. E por fim, os psicodislépticos, perturbam a atividade mental, gerando uma distorção da realidade. Agem no sistema nervoso central, no sistema periférico e no sistema nervoso autônomo. Causam delírios, alucinações, confusão mental e despersonalização. Alguns tipos dessas drogas são: LSD, ecstasy, maconha, haxixe, inalantes.

### **2.3 Conceito de usuário**

Hoje o usuário é compreendido, consoante Renato Marcão, como “todo aquele que faz uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas [...] sem estar submetido às mesmas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos”<sup>19</sup>.

Em resumo, dependente é “aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos”<sup>20</sup>, trazendo a compreensão de dependência como “o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes”<sup>21</sup>. Ademais, se faz necessário também, para melhor elucidarmos o tema, que se delimite qual substância é considerada droga afim de que se aplique a presente lei.

---

<sup>19</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 66

<sup>20</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67

<sup>21</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67

Usuário é todo aquele que faz uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causam dependência física ou psíquica, sem estar submetido a elas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos.<sup>22</sup> Marcão conclui ainda, em sua obra<sup>23</sup> que o “dependente é aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos.” Entendendo-se por dependência “o estado de quem está sujeito, sob domínio, subordinado aos entorpecentes.”

São compreendidas as seguintes condutas trazidas pelo caput do artigo 28. São estas: adquirir (comprar), guardar (ocultar, esconder), ter em depósito (manter), transportar (deslocar) e trazer consigo (portar). A antiga lei registrava, apenas, as três primeiras. No entanto, o que caracterizará o ato de usuário será uma dessas práticas destinadas ao uso pessoal. Desarte, no primeiro dos verbos citados, é possível observar a existência do aspecto objetivo da conduta, ao ponto que a destinação para consumo pessoal encaixa-se como aspecto subjetivo.

---

<sup>22</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 23.

## 3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

### 3.1 Princípio da insignificância

Um dos princípios que são aplicados na Lei de Drogas, é o princípio da insignificância, que está diretamente ligado ao ponto material.

Em geral, o direito protege bens juridicamente tutelados, como por exemplo a vida, a honra, a imagem, saúde, liberdade, e vários outros. Protege ainda como bem jurídico a saúde pública, ou seja, não pode o Estado se suprimir e simplesmente não cuidar da saúde pública, pois o assunto do usuário de drogas é deste aspecto, visto que há uma ampla responsabilidade e preocupação no que concerne ao sistema prisional brasileiro, com a harmonização e descriminalização de condutas que, não causam tanta reprovação pela sociedade, mesmo sendo consideradas típicas, principalmente quando comparadas às consequências que seriam causadas se houvesse uma condenação, caso o agente tivesse que cumprir uma pena privativa de liberdade, ocasionando uma sanção desproporcional à reprovação da sociedade.

Marcão comenta em sua obra que a pequena quantidade não descaracteriza o crime do art. 28 da Lei de Drogas, cuja repressão visa preservar a saúde pública.<sup>24</sup> Sendo assim, ainda que o agente for encontrado com uma mínima quantidade de drogas, ele será encaixado no crime previsto no art. 28 da lei 11.343/2006.

Todavia, diferentemente às vezes, o princípio da insignificância poderá ser aplicado sempre que não existir justo motivo para que seja movida toda a mão de obra estatal para punir certo indivíduo por algum fato que seja considerado atípico, uma vez que vê-se maior efetividade considerar e avaliar num determinado caso concreto.

[...] consiste na afirmação de que lesões mínimas, de parca significância, aos bens jurídicos tutelados, as quais não chegam a legitimar com proporcionalidade e razoabilidade a aplicação das severas e estigmatizastes

---

<sup>24</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72.

sanções penais, tornam o fato atípico, impedindo, portanto, a atuação desse ramo sancionatório do Direito.<sup>25</sup>

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.<sup>26</sup>

No entanto, não se pode dizer que todo e qualquer caso o princípio pode ser aplicado, cabendo o usuário provar que não tem intenção de lesar bem jurídico tutelado, como a saúde pública.

O STJ, através de sua decisão, colaborou para aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio não pode separar-se, nem mesmo ser esquecido, tendo em vista a necessidade da disposição de quantificação, ou seja, que o Poder Judiciário tome uma medida jurídica adequada à proporção do delito cometido pelo agente.

Por fim, importante lembrar o equívoco de alguns julgados que confundem a ideia de insignificância com a de delito de menor potencial ofensivo, deixando de aplicar a causa de exclusão em virtude de previsão de respostas penais alternativas. A Lei 9.099/95 elencou alternativas processuais (transação penal e suspensão condicional do processo) para delitos considerados em si mesmos de baixa lesividade social. Ao fazer esta classificação (soft crimes),

---

<sup>25</sup> ARAÚJO JUNIOR, Oto Sérgio Silva de. **A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia no momento da prisão em flagrante delito.** In *Âmbito Jurídico*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18070&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18070&revista_caderno=3). Acesso em: 20 de agosto de 2018.

<sup>26</sup> STF - HC: 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012

segundo o comando constitucional, aponta-se formalmente crimes de ofensividade mínima, ou seja, opta-se legislativamente por alternativas penais diversas em condutas cujo bem jurídico é de escassa relevância.<sup>27</sup>

### 3.2 Princípio da proporcionalidade

Existem situações em que parecem paradoxais, pois, uma vez existentes previsões legais que afirmam a liberdade ao mesmo tempo em que outras preveem o encarceramento. Normas que privilegiam o interesse de certos indivíduos, outras que buscam dar maior relevância aos interesses do Estado. No princípio em tela, não ocorre a diminuição de um princípio face ao outro, e sim numa situação específica, um direito se sobrepõe ao outro, com a finalidade de obter-se um resultado mais justo.

O princípio da proporcionalidade deve cuidar da proporção da pena em consonância com a gravidade da ofensa, desta forma, o juiz fica impedido de impor o excesso de alguma pena. Além disso, visa deixar o legislador desautorizado de prever em abstrato pena que não detenha proporção com a proporção do delito ali tipificado.

A violação ao princípio da proporcionalidade se repete não apenas com a figura da associação, que como a “confabulação” e como todos os tradicionais tipos de crimes de conspiração, quadrilha e outros semelhantes criminalizam meros atos preparatórios mas também, sob outro aspecto, na previsão como tipos autônomos de condutas inseridas no âmbito de um tipo de crime já definido. ... Mas a violação ao princípio da proporcionalidade não se esgota aí, repetindo-se nas penas delirantemente altas, igualadas ou mesmo superiores às previstas para um homicídio, encontradas em diversas legislações, em que a indevida consideração da associação, da organização, da gestão ou do financiamento voltados para o dito “tráfico” como tipos autônomos de crimes serve como suposta manifestação da sempre propagandeada, mas indefinida e indefinível, “criminalidade organizada”<sup>28</sup>.

O princípio tratado, também é conhecido como princípio da proibição do excesso, se manifesta no direito penal como a aplicação de uma pena apropriada e essencial a um tipo penal definido, obrigando-se a ficar estabelecido de maneira proporcional e equilibrada à gravidade do delito cometido.

---

<sup>27</sup> CARVALHO, Salo de, **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 215 e 216

<sup>28</sup> KARAM, Maria Lucia. **Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais** < [revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903](http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903) > acesso em 28 de agosto de 2018.

### 3.3 Norma penal em branco

São caracterizadas como normas que necessitam de algum complemento por outro dispositivo em vigência, sendo assim, só tem seu sentido completo a partir do momento que possua a junção à alguma outra lei, decreto, regulamento ou portarias, por exemplo. As normas penais em branco podem ser consideradas como homogêneas ou heterogêneas. A Lei 11.343/2006 é uma norma considerada heterogênea, tendo em vista que sua norma complementar advém de fonte diversa da norma penal complementada.

Leciona Rogério Greco que:

“normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma – leis, regulamentos etc. – para que possam, efetivamente ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação”.<sup>29</sup>

### 3.4 Condutas incriminadoras

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 prevê que a conduta é de competência dos Juizados Especiais Criminais, e torna responsável o Ministério Público de oferecer a proposta de transação penal bem como indicar a pena ou as penas que deverão ser oferecidas ao usuário a princípio na audiência de conciliação, diferentemente do que ocorria na lei anterior (6.368/1976), agora caso ocorra o descumprimento da transação penal, o Promotor não oferecerá denúncia pelo porte ou uso, podendo o juiz realizar nova censura verbal ou aplicar o pagamento de multa. Há a possibilidade ainda, que o usuário obtenha uma nova proposta de transação penal, ainda que já beneficiado há mais de 05 (cinco) anos.

---

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**, 6. ed., Niterói-RJ, Impetus, 2006, v.I, p. 25.

Uma grande parcela da doutrina trata o Uso de Drogas, como um crime comum, visto que pode ser praticado por qualquer pessoa visto que não é exigido qualquer qualidade especial do agente; Formal, de consumação antecipada, pois se consuma com a prática da conduta criminosa sem depender do resultado naturalístico; tem o conteúdo variado ou a forma livre, pois estão descritas na mesma norma várias ações, e só é exigido para consumação do delito, apenas uma delas; o elemento objetivo é o dolo, vez que não há possibilidade de forma culposa; comissivo pois os verbos do núcleo indicam tipos de ações; unissubjetivo, porque pode ser praticado por uma só pessoa; é de perigo comum pois põe em risco várias pessoas; abstrato, uma vez que a lei não exige a real ocorrência do dano a terceiros, sendo assim, presumido; é de mínimo potencial ofensivo pois não comporta pena privativa de liberdade; é vago pois o sujeito passivo é um ente destituído de personalidade jurídica;<sup>30</sup>

A conduta do usuário vem representada por 05 núcleos, são estes: Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

### **3.4.1 Adquirir**

Adquirir “significa alcançar a propriedade ou a posse, pouco importando a forma ou o meio: troca, doação, venda, etc.”<sup>31</sup> e nesta hipótese admite-se tentativa;

### **3.4.2 Guardar**

Guardar compreende apenas ocultar, seja de forma permanente ou precária. Ter em depósito significa ter e manter a droga sob o seu domínio, em pronto alcance.

---

<sup>30</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11<sup>a</sup> ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54<sup>7</sup>

<sup>31</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11<sup>a</sup> ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57

É ocultar pura e simples a droga. Não há possibilidade de tentativa, tendo em vista que trata-se de um crime unissubsistente, sendo um crime permanente de mera conduta.

#### **3.4.3 Tiver em depósito**

Significa reter a coisa sob o seu domínio ou à sua disposição, sob condições de rápido acesso e pronto alcance e com caráter temporário. Por se tratar também de crime permanente, não há possibilidade de ocorrer a tentativa.

#### **3.4.4 Transportar**

Transportar é levar de um local para o outro, para si ou para outrem, levando a droga consigo, a pé ou utilizando-se de algum veículo, seja ele aeronave ou embarcação e até mesmo de algum semovente. Não é necessário que o agente conduza o veículo onde a droga está sendo transportada, como por exemplo transportar o entorpecente numa mala de viagem.

#### **3.4.5 Trazer consigo**

Trazer consigo é o mesmo que portar a substância, quer dizer que está junto ao corpo ou até mesmo acomodada em qualquer compartimento que esteja imediatamente ao alcance do agente, sem a ajuda de algum meio de locomoção, e por se tratar de delito unissubsistente, impossível caracterizar a tentativa neste delito.

Cabe ressaltar que em qualquer destas modalidades previstas no art. 28, caput e parágrafo 1º, é necessário um fim de agir especial, qual seja: a droga deve se destinar “para uso próprio”. Desta forma, se for para uso de terceiro, o crime de tráfico (artigo 33 desta lei) resultará configurado. É indispensável ainda, para a configuração deste delito, que o agente esteja agindo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e será reconhecida a atipicidade.

### 3.5 Aspecto subjetivo do magistrado

Encontra-se neste tópico, um dos maiores problemas existentes na lei de drogas, no que diz respeito à diferenciação entre o usuário e o traficante. A lei não foi clara, pois não estabeleceu critérios objetivos deixando grande margem de discricionariedade, e que dá ensejo a posturas puramente ideológicas visto que o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei diz “pequena quantidade”, desta forma, o Magistrado deve levar em conta o critério subjetivo para definir se a quantidade de droga apreendida é suficiente para capitular como consumo pessoal do agente ou até mesmo se a droga destina-se ao tráfico.

Há julgados com o pensamento de que não há critérios relacionados à quantidade apreendida como segue:

Há tempos, parte da jurisprudência já considera atípica a conduta do agente quando a quantidade de droga é ínfima, pelo princípio da insignificância, sob o argumento de que não há potencialidade lesiva na conduta<sup>32</sup>.

No entanto, antes mesmo com a Lei 6.368/1976 já trazia os mesmos critérios estabelecidos pelo parágrafo 2º do art. 28 da Lei 11.340/2006, a fim de definir se a droga era destinada ao tráfico ou ao consumo pessoal pelo Juiz ou pela autoridade policial. Diferentemente de outros países que têm critérios estipulando a quantidade apreendida, no Brasil existem várias circunstâncias que devem ser analisadas juntas para chegar a uma conclusão.

Os critérios são os seguintes: Natureza e quantidade apreendida (dependendo de qual natureza é a droga, ela pode ser substancial ou não, como por exemplo drogas mais pesadas se colocarmos em comparação com drogas mais leves).

Para determinadas quantidades, sempre haverá dúvidas quanto à intenção do agente (se consumo pessoal ou tráfico), a exemplo de 50g de maconha ou 5kg de cocaína<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de Drogas – Leis Especiais comentadas para concursos** – São Paulo : Rideel, 2016. p.28

<sup>33</sup> PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de Drogas – Leis Especiais comentadas para concursos**– São Paulo : Rideel, 2016. p.52

Outro critério é avaliação de local e condições em que se desenvolveu a ação, ou seja, se o agente estava em local reconhecido de forma notória como ponto de tráfico à espera de usuários, se portava dinheiro ou apetrechos para embalar droga, se possuía agenda com anotações contendo contabilidade do tráfico;

Circunstâncias sociais e pessoais, como por exemplo saber se o agente trabalha, se os seus proventos são necessários para que se justifique os bens patrimoniais, se possui família, etc;

E por fim o último critério, conduta e antecedentes, onde o Magistrado deve avaliar toda a vida pregressa do agente, observar se já fora processado e condenado por crimes de uso ou tráfico.

Este sistema do reconhecimento judicial ou policial é uma árdua atribuição do magistrado e da autoridade policial, visto que cabe a eles a análise de cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico e espera-se que não se faça nenhum juízo de valor ligando as condições financeiras de alguém, a fim de se evitar discriminações a depender do status e tratamentos desiguais.

Não é necessária uma consistente base criminológica em perspectiva crítica para perceber que o dispositivo legal, em vez de definir precisamente critérios de imputação, prolifera metarregras que se fundam em determinadas imagens e representações sociais de quem são, onde vivem e onde circulam os traficantes e os consumidores. Os estereótipos do “elemento suspeito” ou da “atitude suspeita”, por exemplo, traduzem importantes mecanismos de interpretação que, no cotidiano do exercício do poder de polícia, criminalizam um grupo social vulnerável muito bem representado no sistema carcerário: jovens pobres, em sua maioria negros, que vivem nas periferias dos grandes centros urbanos<sup>34</sup>.

Quanto ao princípio da insignificância já tratado anteriormente, Marcão relata em seu livro que, “a pequena quantidade não descaracteriza o crime do art. 28 da Lei de Drogas, cuja repressão visa preservar a saúde pública.”<sup>35</sup>

E em consonância com outros Magistrados do STF, como a seguir:

Inaplicável o Princípio da Insignificância ao delito de uso de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido

---

<sup>34</sup> CARVALHO, Salo de. **Política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** . – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016 p. 287

<sup>35</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72

ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes desta Corte do Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>.

Os agentes que praticam crime de uso de drogas conforme exposto anteriormente, são os que praticam os verbos a seguir: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em que não esteja de acordo com determinação judicial, legal ou regulamentar. Cabe ressaltar que, dentre os verbos que pertencem este artigo 28, caput, da Lei nº 11.343/06, a conduta de mero uso da droga, não aparece.

Embora tenha havido a despenalização em se tratando do porte de drogas para consumo pessoal, produzida pela Lei nº 11.343/06, sendo assim, afasta a possibilidade de aplicar a pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, mas ainda a legislação brasileira busca incriminar a conduta do indivíduo, que será submetido à advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Para que seja garantido o cumprimento das medidas educativas, caso o agente se recuse sem qualquer justificativa, o magistrado poderá submetê-lo, sucessivamente ou alternativamente à admoestação verbal e multa.

As figuras que são incriminadoras no art. 28, tais como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas, vem no intuito de especificar a conduta comissiva.

### **3.6 Condutas incriminadoras equiparadas (Art. 28 parágrafo 1º)**

#### **3.6.1 Semear**

Semear é o mesmo que lançar, deitar (sementes) para fazer germinar; praticar a semeadura; distribuir sementes sobre.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> STJ, RHC 22.372/ES, 5ª T., rela. Mina. Laurita Vaz, j. 15-12-2009, Dje de 8-2-2010

<sup>37</sup> **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

### **3.6.2 Cultivar**

Cultivar significa tratar a terra, revirando-a, regando-a, etc.; lavrar, amanhoar; plantar com cuidados especiais, promover o desenvolvimento de (sementes, espécies vegetais, suas flores e frutos).<sup>38</sup>

### **3.6.3 Colher**

Colher é o ato ou efeito de recolher produtos agrícolas. Apanhar (colher); ato de tirar, separando do ramo ou da haste (flores, frutos, folhas, etc.)<sup>39</sup>

Ao que concerne às condutas que qualificam a plantação, é possível observar um tratamento diferenciado quando confrontada com a lei anterior, a 6.368/76, visto que nesta nova regulamentação, eram consideradas como tráfico de entorpecentes. Sendo assim, o assunto só era resolvido em sede jurisprudencial quando indicados a natureza, a quantidade, as condições da substância apreendida e o local em que se desenvolveu a ação, confrontados com o caso concreto.

A plantação que é destinada à preparação de produto ou substância capaz de produzir dependência psíquica ou física, incide nas medidas estipuladas para as condutas definidas no caput do art 28 da lei 11.343/2006 somente se a sementeira, cultivo ou colheita caracterize consumo pessoal, sob o qual consta no parágrafo 2º da lei supracitada, cuja taxatividade incide sobre os critérios objetivos e subjetivos que serão observados e avaliados pelo julgador, para a definição de consumo pessoal (usuário) anteriormente citado.

Necessário notar que, estando demonstrada o fornecimento da droga a terceiro, ou destinada à mercancia, restará configurado o crime de tráfico, em razão do disposto no art. 33 parágrafo 3º da atual Lei de Drogas.

---

<sup>38</sup> **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

<sup>39</sup> **Dicionário Houaiss**, cit.

A consumação é efetiva quando pratica-se qualquer das condutas previstas, há tentativa nas hipóteses dos verbos semear e cultivar.

### 3.7 Das penas

Num breve apanhado histórico, cabe sabermos que desde que deu início a aplicação da pena com finalidade punitiva, sua conceituação transformou-se de tal modo aos pensamentos e ideais. Infere-se, desta forma, analisar a pena como responsável pela privação ou restrição de um bem jurídico do autor que cometeu uma ação considerada criminosa, com o desígnio do não cometimento de novo crime ou infração, com objetivo de educa-lo, bem como retribuir o ato cometido.

Por sua vez, Fernando Capez leciona que:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade<sup>40</sup>.

Dentro deste tema, uma das maiores mudanças realizadas pela nova Lei de Drogas foi no que tange à penalização do usuário. A antiga lei, nº 6.368/76 dispunha:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.<sup>41</sup>

Segundo Salo de Carvalho, a necessidade de reforma integral do texto da Lei de Drogas de 1976 vinha sendo debatida no Congresso Nacional desde o início da década de 1990<sup>42</sup>. Conforme as exposições de motivos dos vários projetos que tramitavam ao mesmo tempo, a defasagem conceitual e operacional daquele estatuto impunha reformulação global. No entanto, os posicionamentos quanto à

---

<sup>40</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 1. p 385

<sup>41</sup> **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)> Acesso em 20 de setembro de 2018.

<sup>42</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

disfuncionalidade da Lei 6.368/76 tendiam à criticar a questão proibicionista, com apresentação de projetos com medidas que diminuíssem a pena e o crime, ao diagnóstico da necessidade de incremento da punitividade.

A atual lei de drogas já não objetiva punir mais o usuário com penas privativas de liberdade, mas com as de advertência, prestação de serviços comunitários ou na compra de cestas básicas para instituições beneficentes, prestação de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme dispõe o referido dispositivo legal:

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<sup>43</sup>.

E no que tange à Lei 10.409/02, gerou uma imensa confusão, tanto que permitia diferentes interpretações, sem mencionar os inúmeros erros e falta de técnica legislativa, confusão esta observada facilmente pois a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto que a processual, a de 2002.

Antes, um usuário estava sujeito a penas de 6 meses a 2 anos de detenção. A lei antiga seguia a linha mais acentuada em relação ao modelo de controle de drogas, que prevaleceu durante o século 20, chamado de “proibicionista”.

Essa é uma nova perspectiva que trata a temática das drogas mais como questão de saúde pública e menos como questão criminal, que o legislador pátrio sancionou a conduta disposta no caput do art. 28 da Lei 11.343/06, cujo agente deixa de receber a pena restritiva de liberdade, ficando tal punição reservada aos crimes punidos com mais de 4 anos, cometidos mediante grave ameaça ou com uso de violência ou quando o réu encaixar-se como reincidente em crime doloso.

Não se discute mais sobre definir a pena restritiva de liberdade ou de promover a sua substituição por penas alternativas, mas se comina diretamente à medida alternativa, que através desta nova lei, passou a ser a pena principal, que são

---

<sup>43</sup> **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)> Acesso em 20 de setembro de 2018.

as três sanções tratadas a seguir. Cabe ressaltar que nem mesmo ao ofertar a proposta de transação penal (prevista no art. 76 da lei 9.99/95 dos Juizados Especiais), o representante do Ministério Público poderá propor medida diversa das elencadas no art, 28 da Lei 11.343/06,

As penas são classificadas como penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. As penas privativas de liberdade, tem por objetivo principal diminuir um bem jurídico do agente, se condenado, podendo ser a sua própria liberdade, como por exemplo o seu direito de ir e vir, a fim de fazer com que ele seja recolhido para um estabelecimento prisional adequado à espécie e à quantidade de pena aplicada pelo crime cometido.

As penas restritivas de direito são tratadas pelo art. 43 e seguintes do Código Penal, e se partirmos de uma comparação, as penas deste artigo assemelham-se às sanções privativas de liberdade, isto posto que reduzem também um bem jurídico do condenado, embora estejam reservados para crimes considerados mais graves.

A denominada pena de multa é o terceiro tipo de sanção aplicável pelo Código Penal, está, nos dias atuais, positivada no artigo 49 deste dispositivo. É uma sanção que diminui as riquezas aplicada por lei, chamada pena pecuniária.

Como observado, é mais vantajoso este tipo de pena quando trata-se de crimes de menor potencial ofensivo, e estes são menores do que as penas privativas de liberdade, posto que o criminoso seria condenado à prisão por um prazo muito pequeno, não sendo suficiente para recuperação e ressocialização do condenado, pelo contrário, poderia corrompê-lo ainda mais, haja vista ser privado da convivência familiar e das atividades laborativas, acarretando desta forma, problemas à sua vida familiar e social, sem atingir o objetivo essencial cuja sanção fora criada. É cediço que a pena de multa pode ser aplicada como pena principal, alternativa ou cumulativa.

Neste sentido, Damásio de Jesus lista os critérios para aplicação da pena de multa conforme disposto a seguir.

Vários são os critérios apontados para a cominação da pena de multa pelos Códigos Penais:

a) parte alíquota do patrimônio do agente: leva em conta o patrimônio

do réu – estabelece uma porcentagem sobre os bens do condenado;

b) renda: a multa deve ser proporcional à renda do condenado;

c) dia-multa: leva em conta o rendimento do condenado durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por 30 ou 365 dias; o resultado equivale ao dia-multa;

d) cominação abstrata da multa: deixa ao legislador a fixação do mínimo e do máximo da pena pecuniária<sup>44</sup>.

Conforme os termos que estabelece o art. 27 da lei atual de Drogas, observa-se que o magistrado poderá aplicar isoladamente qualquer das penas previstas no art.28, ou cumulativamente, conforme circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro. Esta regra vale tanto para a transação penal realizada através de audiência de conciliação, como para sentença penal que venha a condenar o agente, e fugindo de toda regra geral, podendo ocorrer ainda após o trânsito em julgado. Conforme trata e especifica José Carlos e Matheus Guimarães, a lei prioriza a prevenção e a reinserção social do usuário e dependente de drogas, permite-se ao Magistrado substituir a pena, caso entenda que a penalidade imposta não cumpre com a referida finalidade.<sup>45</sup>

### 3.7.1 Advertência

Na advertência, deverá ser esclarecido ao usuário sobre os prejuízos causados por conta do uso de drogas, no que tange ao aspecto social, bem como A pena de advertência deve ser imposta na audiência e executada nos próprios autos pelo Juiz que irá sentenciar e não poderá ser realizada por qualquer outro funcionário do Poder Judiciário, por se tratar de função jurisdicional, e também estará sujeita a realização caso haja possibilidade através de carta precatória, carta rogatória ou carta de ordem, no juízo de domicílio ou residência do condenado.

Guimarães dá o conceito de advertência da seguinte maneira:

A advertência consiste em explicar ao infrator os efeitos provocados pelo uso de drogas e, ao que nos parece, aqueles mais diretamente relacionados à saúde. Em termos simples, diríamos que, transacionada ou aplicada em sentença, a advertência requererá um ato personalíssimo entre Juiz e

---

<sup>44</sup> JESUS, Damásio de . **Direito Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1. v. p. 585

<sup>45</sup>PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Leis especiais comentadas para concursos**. São Paulo: Rideel, 2016. p. 35.

reeducando, em o qual o magistrado lhe dirá os malefícios do uso de drogas, tudo, segundo nos parece mais lógico, consignado em termo para o especial efeito<sup>46</sup>.

O legislador cometeu uma falha ao prever a advertência como pena ao usuário de drogas; Desta forma, se faz estranho que o juiz deva explicar os malefícios inerentes ao uso das drogas ao infrator e aconselhando-o a não voltar a fazer o uso da droga. Guimarães, nesta linha de pensamento, considera que muito provavelmente a simples advertência não terá efeitos terapêuticos, tampouco de intimidação, ressaltando que doutrinar as pessoas sobre como agir no âmbito de sua vida particular não é dever nem obrigação do Estado.<sup>47</sup>

### 3.7.2 Prestação de serviço

A prestação de serviços à comunidade é a outra forma punitiva taxada pelo artigo 28. Os locais onde deverão ser prestados os serviços estão dispostos no § 5º do mesmo artigo da Lei 11.343/06 e prevê:

“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>48</sup>

Ela consiste em determinar a obrigação ao usuário de prestar serviços gratuitos em alguma das entidades dispostas no artigo. O serviço a ser executado no local escolhido, será realizado por 1 hora por dia de condenação, fixadas conforme a jornada de trabalho do apenado e atribuída de acordo com as suas aptidões.

E o prazo máximo será de 5 (cinco) meses conforme §3º do artigo 28 de aplicação da pena, e caso o condenado seja reincidente o prazo será de 10 (dez) meses, respeitando o prazo de 05 (cinco) anos para aceitar novamente a proposta de transação penal, de acordo com o § 4º. Em caso de descumprimento, o juiz irá

---

<sup>46</sup> GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei de Drogas comentada: Crimes e regime processual penal**. Curitiba: Juruá, 2006 p. 16.

<sup>47</sup> GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 73

<sup>48</sup> **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)> Acesso em 21 de setembro de 2018.

submeter o condenado, a sucessivamente, multa e admoestação verbal, consequências estas previstas no §6º, incisos I e II do referido artigo.

### **3.7.3 Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo**

Esta é considerada uma nova modalidade para o cumprimento de pena, pois a lei não traz definição exata de sua execução, ficando sempre a cargo do juiz determinar como ela deverá ser cumprida. Sobre os aspectos desta medida, Renato Marcão elogia a seu respeito salientando que:

“A pena de comparecimento a programa ou curso educativo atende fielmente à política de redução de danos adotada na nova Lei Antitóxicos. É indubitoso que o programa ou curso educativo a que se refere a lei diz respeito ao tema drogas. Portanto, programas ou cursos voltados à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.”<sup>49</sup>

Para o tempo de cumprimento da pena, será no máximo 5 (cinco) meses, e em caso de reincidência de 10 (dez) meses, o mesmo disposto para a pena de prestação de serviços à comunidade.

E, constatada sua ineficácia, ou seja, se o condenado desistiu de realizar a medida educativa, ou a fez incompleta, o magistrado poderá substituí-la por prestação de serviços à comunidade ou até mesmo o contrário. E para garantir o cumprimento das medidas alternativas fixadas, o juiz deverá adverti-las (admoestar) e ainda, sucessivamente, caso a advertência não surta os efeitos esperados, irá impor a sanção de multa, conforme o art. 29 da Lei de Drogas.

Cabe ressaltar que estas serão aplicadas sempre sucessivamente e nunca cumulativamente, sendo assim, primeiro haverá a admoestação, e caso não surta o efeito desejado, será imposto a pena de multa.

---

<sup>49</sup> MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.79

### 3.7.4 Reincidência

A reincidência é caracterizada quando o agente comete outro crime após a o trânsito em julgado de sentença condenatória, no estrangeiro ou no Brasil, por crime e o agente comete outro crime. Também pode se falar em reincidência quando há a pratica de nova contravenção após condenação definitiva, no Brasil ou no exterior, por crime, ou, no Brasil, por contravenção. O aumento do teto da pena para a prestação de serviços à comunidade e medidas educativas, tratada no §4º do artigo 28 da Lei de Drogas é uma reincidência específica, pois só incidirá caso o agente já tenha sido definitivamente condenado por qualquer tipos penais previstos no caput do artigo 28, ou em seu §1º.

Caso o agente tenha condenação anterior à Lei 11.343/06, salienta Marcão que:

Tendo sido processado e condenado pela prática do crime antes previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, e não tendo decorrido o prazo de prescrição da reincidência (art. 64, I, do CP), se o agente praticar qualquer dos crimes previstos no art. 28 (caput ou §1º) da Lei n. 11.343/2006, será considerado reincidente, para os termos do § 4º do art. 28<sup>50</sup>.

Desta forma, quando se tratar de sentença homologatória de transação penal, os efeitos da reincidência não serão produzidos.

### 3.7.5 Admoestação verbal e multa

Marcão foi enfático sobre esta hipótese de transação penal, considerando absolutamente inútil a previsão da medida de admoestação verbal (inciso I do parágrafo 6º) para a hipótese de descumprimento injustificado da pena de advertência. Tendo em vista que seria sem sentido imaginar que o apenado se recuse a comparecer à audiência em que deveria ser advertido, mas compareça à audiência designada para receber admoestação verbal, que no caso é outra advertência, por

---

<sup>50</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 80.

não ter comparecido àquela primeira, nem apresentar justificativa plausível para o descumprimento.

Acrescenta ainda, Marcão, que as medidas de admoestação e multa não são penas strictu sensu, que devem ser aplicadas pelo juiz, sucessivamente (nesta ordem fixada), como forma de “estimular” o cumprimento das penas anteriormente previstas, quando injustificadamente descumpridas, não podem se considerar penas no que concerne ao art. 27 da atual lei de Drogas. Portanto, não são alcançadas pelas regras de aplicação e substituição previstas neste artigo, que determina duas ordens de ideias, quais sejam: possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa a que se refere; e a flexibilização da sentença que impõe condenação em processo de conhecimento com relação às penas aplicadas ou que homologa transação penal.<sup>51</sup>

Na admoestação verbal serão expostas todas as consequências caso não haja o cumprimento total da pena, como por exemplo a utilização da multa e a permanência da suspensão dos direitos políticos enquanto não cumprida a pena, bem como registros nos antecedentes criminais e quanto à multa, que será fixada conforme os termos do artigo 29 da atual lei.

A multa nada mais é que uma forma de forçar o apenado a cumprir a pena originalmente imposta.

### **3.8 Tratamento especializado gratuito**

A fim de incentivar e dar apoio ao dependente que demonstrar o desejo de abandonar o uso de drogas, a lei de drogas em seu § 7º lhe assegura o tratamento especializado gratuito. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 28 [...] §7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

---

<sup>51</sup> MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

A ligação entre o sistema de saúde e a política de drogas ocorre por meio da Política Nacional de Saúde Mental, do Ministério da Saúde, que regulamenta a atenção dada aos usuários e dependentes no SUS (Sistema Único de Saúde). Esta legislação visa tirar os hospitais do centro do tratamento dos dependentes de drogas.

Nos termos da lei, caberá ao juiz determinar ao Poder Público, na área da saúde pública, diante de cada caso concreto, que seja disponibilizado vaga para tratar o infrator. Destinará preferencialmente a tratamento ambulatorial, e em caso de recomendação médica e psicológica, a possibilidade de tratamento em regime de internação. Não se trata de faculdade do juiz e sim por imposição da lei. Paralelamente, somente o dependente estará sujeito à tratamento, o usuário ou experimentador não.

Esta medida atende à aspiração da política de redução de danos, não se tratando de pena a que se vê obrigado o infrator-dependente. Poderá o infrator recusar ou aceitar submeter-se ao tratamento, sem que a recusa implique qualquer dano ou sanção com pena privativa de liberdade. Seu tratamento é gratuito e facultativo, cujos limites deverão ser fixados pelo corpo clínico, tendo como base a realidade do infrator, e em caso de não ter condições de decidir, será o seu representante legal, incumbido de deliberar sobre o caso.

No entanto, ressalta a cartilha de combate às drogas, do Ministério Público do Estado do Paraná:

A condição mínima para que se inicie um tratamento de dependência química, seja para o adolescente ou para o adulto, é o próprio desejo do usuário em se tratar. Nesse sentido, o Ministério da Saúde vem apontando para modelos preferencialmente ambulatoriais, tendo o CAPS (centro de atenção psicossocial) como principal estratégia de tratamento, e a redução de danos como ferramenta fundamental, cujo foco primeiro não está na abstinência em si, mas sim na redução de danos ou prejuízos que o uso de substâncias psicoativas pode trazer. A redução de danos reconhece a abstinência como resultado ideal, mas também aceita alternativas que reduzam os prejuízos causados pelas drogas. Para muitos a alta exigência da abstinência pode se tornar um obstáculo para aqueles que procuram ajuda, ao passo que a abordagem de redução gradual estimula o indivíduo, com comportamento de

alto risco, a reduzir as conseqüências prejudiciais do seu comportamento, onde a abstinência é incluída como o ponto final<sup>52</sup>.

O maior entrave nesta hipótese de sanção, é que o legislador não previu nem estipulou algum tipo de multa ou penalidade caso não haja cumprimento do Poder Público, face ao desatendimento de ordem judicial, restando somente a possibilidade da configuração do crime de desobediência por parte do agente que cometeu a desídia. Pois são grandes os casos de inércia e descaso praticadas pelo Poder Público Administrador.

### 3.9 Descriminalização e despenalização

Na lei n. 6.368/76, cuja revogação foi feita em 2006, pela lei n. 11.343/2006, o artigo 16 tratava do uso de drogas. Ou seja, para quem cometesse este delito era estabelecida como sanção a detenção no período entre 6 meses a 2 anos e pagamento de 20 a 50 dias-multa. Atualmente, a lei de drogas trata através do artigo 28 deste crime e determina a quem pratica qualquer um dos tipos penais nele previstos, bem como os que constam em seu § 1º as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Consta ainda, em seu artigo 48, §2º a vedação da prisão em flagrante. Outro ponto relevante neste mesmo aspecto é que caso o condenado não cumpra qualquer das penas previstas nos incisos I, II e III do artigo 28, não caberá a conversão em pena privativa de liberdade, mas lhe será aplicada, sucessivamente, as penas prosélitas previstas nos incisos I e II do §6º do mesmo artigo. E, no que se refere ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, não é possível a aplicação de penas privativas de liberdade.

A conduta do usuário de drogas, pertencente no art 28 é considerada como crime. Como pode-se verificar a afirmação em:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ , rejeitou as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis* para o crime previsto

---

<sup>52</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. **Revista Igualdade** - Livro 41 Igualdade - Ano XIV - nº XLI - edição especial. Curitiba, 2008. p. 63.

no art. [28](#) da Lei [11.343](#) /06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização<sup>53</sup>

Em seu artigo 32, a Lei de Introdução ao Código Penal, considera crime conforme:

A infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou 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<sup>54</sup>.

E desta forma, como o usuário têm a pena de multa como sanção, encaixa-se como crime além de estar na seção Dos Crimes e das Penas no Código Penal.

Já, na seara da pena, segundo o STF e a doutrina majoritária, adotam a corrente da despenalização. Para Saulo de Carvalho, continua sendo crime e também continua tendo pena, o que não tem é cárcere, trata-se de descarcerização. Interessante a tese, porém ainda é posição isolada.

No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas a sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (art. 28, § 3º), a pena de prisão<sup>55</sup>.

Não é unânime que todos os juristas são a favor da descriminalização do uso de drogas, pois alguns falam que seria melhor tendo em vista vislumbrarem a nítida a diferença entre o traficante e o usuário, outros citam a necessidade de se ter uma pena leve, como uma multa, por exemplo, para quem for pego com drogas sendo para uso pessoal, em quantidades mínimas.

Um dos pioneiros a escrever sobre o assunto foi o jurista Luiz Flávio Gomes:

---

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Posse de droga para uso pessoal é crime, logo, incide falta grave**. In LFG. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1356373/posse-de-droga-para-uso-pessoal-e-crime-logo-incide-falta-grave>> Acesso em 20 de setembro de 2018.

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Posse de droga para uso pessoal é crime, logo, incide falta grave**. In LFG. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1356373/posse-de-droga-para-uso-pessoal-e-crime-logo-incide-falta-grave>> Acesso em 20 de setembro de 2018.

<sup>55</sup> CARVALHO, Salo de. **Política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016 p. 99

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Dito isso, não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime porque as sanções para essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão. Diante do exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração "sui generis"<sup>56</sup>.

O atual controle penal sobre as drogas, toma como base a proibição do uso e da venda de substâncias elencadas como "ilícitas", por meio de um discurso de proteção da saúde pública e de intensificação da punição.

"O proibicionismo criminalizador também introduz um complicador à assistência e ao tratamento eventualmente necessários, funcionando tanto como fator inibitório à sua procura, por implicar na revelação da prática de uma conduta tida como ilícita, às vezes com trágicas consequências, como em episódios de overdose em que o medo dessa revelação paralisa os companheiros de quem a sofre, impedindo a busca do socorro imediato, quanto como fator de preconceitos até mesmo por parte de muitos profissionais da saúde, que, dominados pelo discurso estigmatizante e demonizador das substâncias proibidas e de quem as consome, ainda desconhecem ou resistem a aderir às mais eficazes ações terapêuticas assistenciais fundadas no paradigma da redução de riscos e danos"<sup>57</sup>

Muito bem salientado pela Maria Lúcia, o que deixa claro a noção de que quanto mais repressiva for a conduta, pior será a assistência disponibilizada em momentos que precisa. Deve ser realizado tratamento de maneira adequada para que seja cumprido o direito de todo cidadão em relação aos direitos fundamentais inerentes à vida.

Ocorre que, a sociedade ainda se assusta com a conduta do usuário, por conta dos efeitos causados pelas drogas, tanto sociais quando relacionados à saúde pública, mas se todos tivessem uma melhor informação a respeito a ressocialização do usuário seria mais fácil e os acessos a clínicas especializadas também seria mais comum entre esses indivíduos.

Surgem correntes diversas, entre os que defendem a descriminalização e consequente controle por parte da saúde pública, dentre outras instâncias do estado, permanecendo a fiscalização a cargo da polícia, bem como os que, defendem a tese

---

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº. 1236, 19 nov. 2006. p. 107

<sup>57</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos, as drogas tornadas lícitas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 50

de que a Lei 11.343/06 teria promovido verdadeira *abolitio criminis*, ou seja, promovido a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio. Sob o entender de diversos doutrinadores como Salo de Carvalho anteriormente exposto, que não se poderia classificar o dispositivo nem como crime, pois não prevê pena de reclusão ou detenção, nem como contravenção, já que também não prevê multa isolada ou prisão simples.

No entanto, o artigo 28 da nova lei, apesar de manter a ilicitude da conduta, a posse de drogas para consumo próprio não seria mais um crime ou contravenção.

Uma corrente defende que ocorre a despenalização em relação ao delito ajustado no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006. Neste sentido, posiciona-se o Supremo Tribunal Federal através de decisão proferida em fevereiro de 2007 por meio do Recurso Extraordinário 430105 RJ, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. A ementa da decisão dispõe que:

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.<sup>58</sup>

Como visto, o Supremo Tribunal Federal, não acolheu a tese da descriminalização no Recurso Extraordinário nº. 430105 QO/RJ, divulgado no informativo nº.456, em que o Ministro busca resolver a questão de que o artigo 28 da Lei 11343/06 não implicou a descriminalização do delito de posse de drogas para consumo pessoal já anteriormente previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76. Foi considerado pelo Ministro que a conduta continua sendo crime tendo ocorrido a despenalização, tão-somente, cuja característica era substitutiva da infração penal ou a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal.

Ainda que existam com todas as divergências, contra ou a favor da descriminalização, não fora aceita a jurisprudência brasileira sob o entendimento da descriminalização das drogas para uso pessoal. Sendo assim, o anteprojeto tem o objetivo de não mais criminalizar o uso de entorpecentes, todavia, ainda não se fala na legalização de algumas drogas, como a cocaína por exemplo. Uma vez que essa legalização atingiria de maneira drástica e real a saúde pública.

Existe ainda, uma discussão relativa ao porte de drogas para uso pessoal, e o tema teve enfoque para restringir a descriminalização para os entorpecentes sugerida pelo Ministro Barroso conforme exposto:

O relator da ação, ministro Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade desse crime. O ministro considerou que criminalizar o porte para uso pessoal, mesmo sem pena de prisão, é uma restrição indevida da liberdade individual e não condiz com o objetivo da Lei de Drogas: cuidar da saúde e da reinserção social de usuários e dependentes. Argumentou ainda que, durante a tramitação da proposta que deu origem à Lei de Drogas, entre 2002 e 2006, o Congresso não recorreu a nenhum estudo técnico que mostrasse a correlação entre criminalizar o uso de drogas e proteger a saúde pública. Os

---

<sup>58</sup> **STJ – RECURSO EXTRAORDINÁRIO** nº. 430105 QO/RJ, divulgado no informativo nº.456 Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE DJ 13/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090485&base=baseAcordaos>> Acesso em 21 de setembro de 2018.

ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso acompanharam o relator, mas restringiram a descriminalização apenas para o porte da maconha, a droga envolvida no caso concreto em julgamento. O ministro Barroso defendeu que seja estipulada uma quantidade máxima de maconha, sugerida em 25g, a fim de diferenciar usuários de traficantes e lidar com a seletividade judicial. O julgamento definitivo está suspenso desde setembro de 2015, quando o ministro Teori Zavascki pediu vista do processo. Oito ministros ainda precisam votar<sup>59</sup>.

O julgamento em tela, começou depois que um detento em 2009 foi condenado a prestação de dois meses de serviços comunitários, por ter sido flagrado com três gramas de Cannabis (maconha). A Defensoria Pública entrou com recurso alegando que o porte de entorpecentes para uso próprio não seria crime, no entanto, o recurso foi negado. Recorreu o órgão ao STF, que iniciou o julgamento, e até o presente momento, três dos onze ministros que apresentaram seus posicionamentos, votaram a favor da descriminalização e dois deles somente a favor da descriminalização da Cannabis sativa (maconha), no entanto, ficou suspenso o processo desde 2015 quando o ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos e foi morto num acidente aéreo. O ministro Alexandre de Moraes foi chamado para restaurar a bancada e desde dezembro de 2017 encontra-se os autos em sua posse para emitir o parecer sobre a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal.

Pode-se observar que este tema é de grande relevância e desde a sua vigência em 2006 até os dias atuais não há resposta para vir a descriminalizar o uso de drogas.

---

<sup>59</sup> BARBOSA, Renan. **Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país**. In Nexo Jornal. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/01/14/Lei-de-Drogas-a-distin%C3%A7%C3%A3o-entre-usu%C3%A1rio-e-trafficante-o-impacto-nas-pris%C3%B5es-e-o-debate-no-pa%C3%ADs#como-era-antes-da-lei-de-drogas-de-2006>> Acesso em 10 de outubro de 2018.

#### **4 . ANÁLISE DO CRIME DE USO DE DROGAS E SUA E (IN)EFICÁCIA QUANTO AOS FINS DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO EFETIVA À LUZ DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006.**

No Brasil, a nova lei manteve o crime da posse para o uso pessoal de drogas qualificadas como ilícitas, e afastou apenas a imposição da pena restritiva de liberdade, visto que a lei anterior n. 6368/76 já era enquadrada na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima é de 02 anos, bem como todas as suas aplicações seguiam o rito sumaríssimo sendo aplicadas as regras contidas na lei 9.099/95, cuja sua imposição já vinha sendo praticada pelos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) e agora está ratificada.

Contudo, o processo de julgamento seguirá a dicção da lei dos Juizados da seguinte forma:

Primeiro, será lavrado um Termo Circunstanciado, que é uma espécie de registro de ocorrência, pela autoridade policial. Depois será encaminhado o autor do fato ao JECRIM, ou lavratura de termo de comparecimento. Será requerido exames e perícias necessárias como o laudo da quantidade de substância apreendida, por exemplo. Será marcada uma audiência preliminar, de conciliação através do juiz ou conciliador para oferecimento da proposta de transação penal, e aceitando, segue-se para homologação pelo juiz e a imposição da pena, quais sejam elas, advertência, prestação de serviços comunitários, medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, admoestação verbal, ou multa.

Neste sentido, sustenta Fernando Capez que:

O fato continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III)". No tocante à incompatibilidade para com a Lei de Introdução ao Código Penal, o autor ressalta que a mesma "está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI<sup>60</sup>

O grande entrave neste ponto é quando o infrator não comparece ou na maioria das vezes não é encontrado e o crime acaba sendo atingido pela prescrição,

---

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico: das modificações legais à figura do usuário**. In OAB SP. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 07 de agosto de 2018.

que é a perda do direito de punir do Estado pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo, que no caso do art 28, objeto deste trabalho, são 2 anos, e quando aceita, o autor do fato poderá obter o mesmo benefício a cada 05 anos.

Caso não seja aceita a proposta de transação penal pelo autor do fato, poderá o Ministério Público oferecer denúncia oral ou escrita, observando o rito da lei 9.099/95 em seu art. 77 e seguintes.

Sendo assim, será marcada outra audiência, desta vez com o magistrado para terminar a ação penal e ocorrer a condenação ou absolvição do autor do fato, e outro ponto discutido que é o tema principal, é que geralmente os magistrados aplicam a pena sucessiva que é visto expressamente no § 6º do art. 28 que taxa a pena de admoestação verbal e multa na condenação. Não é justo que a sanção da condenação seja mais branda do que a proposta de transação penal, a com o objetivo de findar com o processo e acelerar a máquina do judiciário para dar atenção aos outros casos.

Impende observar que não há previsão de pena privativa de liberdade. Segundo Guilherme de Souza Nucci, com o advento do novel legislação, ao usuário de drogas “jamais será aplicada pena privativa de liberdade”. Ademais, acrescenta o autor que “nem a contravenção penal recebeu tratamento tão benigno do legislador<sup>61</sup>

Apesar de ter sido demonstrado que a Lei n.º 11.343/06 perdurou o caráter criminoso em relação a posse de droga para consumo próprio, o que poderá ocorrer, como visto, na prática, será a falta de efetividade da norma incriminadora, e desta forma, o efeito de uma descriminação penal sob os olhos da sociedade, em vista de que há agora a hipótese expressa na lei dos casos de descumprimento das medidas iniciais aplicadas, sob os quais poderá não ocorrer execução destas penas.

Isto posto, uma vez que em caso de não cumprimento às sanções impostas pelo magistrado de “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” inicialmente aplicadas ao infrator (art. 28, I, II e III), somente pode ser

---

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 304.

imposta pelo juiz a “admoestação verbal”, anteriormente observada e exposta sua ineficácia, e da “multa” (art. 28, § 6º).

Por conseguinte, para os casos mais gravosos, cujo não há qualquer interesse do transgressor em aceitar qualquer das penalidades aplicadas, que é o mais comum nos casos atuais, pois até mesmo as penas que tem como objetivo inculcar cuidados sanitários e senso de preservação pessoal, a pena de multa seria a única pena que de fato poderia ser “imposta” contra o agente.

Entretanto, cabe ressaltar que, se a pena de multa for aplicada, e seu pagamento não for executado pelo agente, a Fazenda Pública será responsável pela execução de sua inscrição na dívida-ativa.

Neste sentido, os advogados que lutam na área criminal observam e relatam que multas criminais, quando em valores muito baixos, como nos casos deste crime, os órgãos fazendários não executam a dívida e acaba o juiz tendo que aplicar a admoestação verbal, que acaba acontecendo na própria audiência, e o agente que cometeu o crime, pode entender pela despenalização deste crime.

Embora a quinta turma do STF entenda que a conduta prevista no art. 28 da lei 11.343/2006 conta para efeitos de reincidência, é possível que a condenação no crime de uso de drogas impeça a incidência da minorante no crime de tráfico, conforme o Promotor de Justiça de São Paulo, Rogério Sanches:

“O art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 estabelece a diminuição de um sexto a dois terços da pena se o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades delituosas nem integrar organização criminosa. Portanto, diante do pressuposto de primariedade e de bons antecedentes, o condenado pela posse de drogas para uso pessoal não faz jus à benesse concedida ao denominado “pequeno traficante”<sup>62</sup>

Em suma, o que deve ser feito é uma reanálise deste método de punibilidade, ou penalizando de forma mais severa o crime de uso de drogas, ou descriminalizando-o, pois desta forma, poderá ocorrer ineficácia da sanção e,

---

<sup>62</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Os efeitos da condenação pela posse de drogas para uso próprio.** In Meu Site Jurídico. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/07/11/os-efeitos-da-condenacao-pela-posse-de-drogas-para-uso-proprio> Acesso em 13 de outubro de 2018.

consequentemente, ineficácia da norma penal, basta ver que o objetivo do Brasil é aplicar penas com menor dano ao usuário e percebe-se a aplicação de penas alternativas que buscam a ressocialização deste, no entanto, estas deveriam ser acompanhadas de forma eficaz por parte do Poder Público, o que não ocorre atualmente e é cediço que na atual legislação antidrogas, ficaram estabelecidos dois objetivos da Lei: prevenção e, ainda que branda, a repressão.

Partilhando deste mesmo raciocínio:

Ocorre que, tais penas, além de diminuir a carga punitiva do crime de porte para uso próprio, tendo em vista que a revogada Lei nº 6.368 de 1976 previa para a mesma conduta uma pena privativa de liberdade – detenção de seis meses a dois anos, nos termos do seu artigo 16 – retiram o seu caráter coercitivo, presente até então com a vigência da lei anterior que tutelava a matéria. Essas novas penas a serem impostas ao indivíduo não intimidam o cidadão a não consumir drogas, causando descrédito perante a sociedade, fazendo com que ele não mais tema as eventuais sanções penais a serem impostas contra ele, caso queira valer-se das drogas para consumo pessoal<sup>63</sup>.

Ainda assim, caso haja descumprimento das medidas previstas como prestação de serviços à comunidade e de comparecer a curso ou programa educativo, das três penas, duas delas estão firmadas como sanções de admoestação verbal e multa. Ou seja, são duas sanções muito ineficazes tanto quanto as outras acima descritas, uma vez que não prevêm a privação de liberdade do agente.

Pode-se até pensar que houve uma evolução, no que tange ao contexto social, através da visão de muitos doutrinadores, as penas correspondem ao grau e o nível de periculosidade e violência que assola a população. Porém, o que tem ocorrido é um número ainda abundante de usuários de entorpecentes e dependentes, visto que a supressão da pena privativa de liberdade coíbia de certa forma os atos tipificados no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Deve-se ter um maior cuidado quanto ao tratamento penal dado ao usuário e principalmente ao dependente, visto que estes consomem e compra dos traficantes,

---

<sup>63</sup> LEITE, Augusto Rodrigues. **Da ineficácia da nova Lei Antidrogas**. In Boletim Jurídico. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1920/da-ineficacia-nova-lei-antidrogas> Acesso em: 09 de outubro de 2018.

e ao flexibilizar demais as penas para os usuários, pode ocorrer o crescimento da quantidade de usuários e conseqüentemente, o aumento do tráfico que aumentará conforme a procura do usuário que não temerá em praticar atos tipificados no art. 28.

Os benefícios não podem ocorrer, visto que os usuários causam boa parte do aumento da violência que tanto sofre a sociedade, por desenvolverem vários transtornos psicológicos e problemas de saúde, além de crimes praticados com objetivo pecuniário, para adquirir dinheiro para comprar drogas e sustentar seus vícios, acarretando problemas sociais.

Sendo assim, por não reprimir de maneira satisfatória as condutas incriminadas, a presente lei deveria ser reajustada voltando a coibir e a punir de forma mais severa e menores benefícios a fim fortalecer a norma penal e punir de forma eficaz as condutas incriminadas sendo visto como controverso a população continuar pedindo por menos violência e financiar este crime consumindo drogas.

## 5. CONCLUSÃO

Desde as Ordenações Filipinas, em seu título 89 que é apenas o ponto de partida de uma extensa jornada de criações e vigências legislativas, até chegarmos na atual lei de Drogas 11.343 de 23 de agosto de 2006, pode-se concluir que a questão do uso inapropriado de tóxicos e o tráfico de drogas ilícitas, está muito longe de ser resolvido, visto que somente tomou maiores proporções.

Ao confrontar o conteúdo das Leis no 6.368/1976 e no 11.343/2006, resta demonstrado que o usuário e/ou dependente atualmente são tratados como indivíduos que precisam de informação, tratamento e acompanhamento, ao contrário do que exprimia a Lei de 1976, que os compreendia simplesmente como agentes que cometiam crimes. Cabe ressaltar, que na atual lei, as questões pertinentes aos usuários ou dependentes encontram-se no capítulo em que é citado sobre os crimes. Sendo o traficante, tratado em contraposição, com mais rigidez, tendo a pena base de 5 a 15 anos de detenção privativa de liberdade.

Extrai-se que compete à lei, e aos operadores do direito fazer escolhas adequadas quando se trata de política criminal a fim de combater o uso de drogas, contanto que não resulte um excesso, mas ao mesmo tempo não sejam insuficientes, e desde que não descumpra o que estabelece na Constituição Federal. Cabe observarmos que por meio da atual Lei 11343/2006, cujo objetivo visa uma sociedade sem entorpecentes, castigando não só o traficante, mas também penalizando de maneira adequada a posse de drogas para uso pessoal, pretendendo amparar e cuidar sa saúde pública, frente ao perigo e o risco de propagação da droga cuja conduta poderá causar.

Desta forma, o presente trabalho conclui que a presente lei trouxe tantos benefícios ao agente que pratica o crime de uso de drogas, que quando confrontado com a aplicação da lei que é punir e coibir, a lei não atinge a sua eficácia. Além disso, o tempo máximo de pena que recai sobre a conduta do agente, é de dois anos, o que facilita grandemente o instituto da prescrição, pois até localizar e efetivamente intimar para audiência, o agente fica sem punição de fato. Outro ponto que cabe ressaltar, é sobre a pena da transação penal ser mais gravosa do que a pena da condenação.

Sendo a primeira, prestação de serviços à comunidade ou pagamento de cestas básicas às entidades determinadas pelo poder judiciário. E se não cumprida, o juiz poderá aplicar penas de admoestação verbal e multa. Ficando assim, muito distante do que objetiva a lei em relação à sua finalidade.

## 6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, Oto Sérgio Silva de. **A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia no momento da prisão em flagrante delito.** In *Âmbito Jurídico*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18070&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18070&revista_caderno=3). Acesso em: 20 de agosto de 2018.

AVELINO, Victor Pereira. A evolução da legislação brasileira sobre drogas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2440, 7 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14470>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

BARBOSA, Renan. **Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país.** In *Nexo Jornal*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/01/14/Lei-de-Drogas-a-distin%C3%A7%C3%A3o-entre-usu%C3%A1rio-e-trafficante-o-impacto-nas-pris%C3%B5es-e-o-debate-no-pa%C3%ADs#como-era-antes-da-lei-de-drogas-de-2006>> Acesso em 10 de outubro de 2018.

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

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. **Revista Igualdade** - Livro 41 Igualdade - Ano XIV - nº XLI - edição especial. Curitiba, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial.** 7ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico: das modificações legais à figura do usuário.** In OAB SP. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 07 de agosto de 2018.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático.** 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Os efeitos da condenação pela posse de drogas para uso próprio.** In Meu Site Jurídico. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/07/11/os-efeitos-da-condenacao-pela-posse-de-drogas-para-uso-proprio> Acesso em: 13 de outubro de 2018.

**Decreto-Lei 385/68.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103303/decreto-lei-385-68>> Acesso em 27 de agosto de 2018

**Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa,** Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.** Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº. 1236, 19 nov. 2006.

GOMES, Luiz Flavio. **Posse de droga para uso pessoal é crime, logo, incide falta grave.** In LFG. Disponível em: <<https://lfq.jusbrasil.com.br/noticias/1356373/posse-de-droga-para-uso-pessoal-e-crime-logo-incide-falta-grave>> Acesso em 20 de setembro de 2018.

GONÇALVES, Paulo Thiago Bandeira de Mello Buys. **Drogas Lícitas e Ilícitas.** In Marinha do Brasil. Disponível em <<https://www.marinha.mil.br/saudenaval/content/drogas-l%C3%ADcitas-e-il%C3%ADcitas>> Acesso em 17 de agosto de 2018.

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

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei de Drogas comentada: Crimes e regime processual penal.** Curitiba: Juruá, 2006.

JÚNIOR, Javahé de Lima. **Lei de Drogas Comentada.** 1ª ed. – Florianópolis: Híbitus, 2017.

KARAM, Maria Lucia. **Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais.** Disponível em:

<revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903>. Acesso em 28 agosto de 2018.

**Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)> Acesso em 20 de setembro de 2018.

LEITE, Augusto Rodrigues. **Da ineficácia da nova Lei Antidrogas.** In Boletim Jurídico. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1920/da-ineficacia-nova-lei-antidrogas> Acesso em: 09 de outubro de 2018.

MARCÃO, Renato. **TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: Anotada e Interpretada.** 11ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

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

PAGLIUCA, José Carlos Gobbi; CURY, Matheus Guimarães. **Leis especiais comentadas para concursos.** São Paulo: Rideel, 2016.

REGINA, Saritha Pedreira Chagas Marino. **O Proibicionismo das drogas no Brasil.** In Jus Navegandi. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id\\_dh=12117](https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=12117)> Acesso em 19 de abril de 2018.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

STJ – **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** nº. 430105 QO/RJ, divulgado no informativo nº.456 Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 13/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090485&base=baseAcordaos>> Acesso em 21 de setembro de 2018.

VILLELA, Gustavo. **Pito do Pango' na década de 30, maconha era vendida em herbanários do Rio.** In O GLOBO. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/pito-do-pango-na-decada-de-30-maconha-era-vendida-em-herbanarios-do-rio-13352181>> Acesso em 08 de novembro de 2017.