

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
- CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

LEONARDO AUGUSTO BENIN

A POLÊMICA ACERCA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

ERECHIM

2016

LEONARDO AUGUSTO BENIN

A POLÊMICA ACERCA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Curso de Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim.

Orientador Professor Me. Glauber Serafini.

ERECHIM

2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a minha família e minha namorada, por todo o auxílio, paciência e compreensão e, acima de tudo, por terem sido o maior motivo da minha conquista, da minha força e da minha vitória.

Aos professores que me acompanharam ao longo desta caminhada, pelos ensinamentos transmitidos, em especial, ao meu professor orientador.

E por fim aos meus colegas e amigos que comigo lutaram e venceram.

RESUMO

O tema objeto do presente estudo é Lei 11.343 de 2006, sendo feita uma análise do seu artigo 28, das diferenças entre usuário de entorpecentes e traficante de drogas, e das polêmicas acerca da possibilidade despenalização do crime de porte de substância ilícita para uso pessoal. A nova lei trouxe diversas mudanças com relação a visão do usuário de drogas. O objetivo do trabalho é analisar estas mudanças. Serão apreciados os posicionamentos doutrinários sobre as inovações ocorridas e, ao final, será feita uma conclusão sobre a orientação que atualmente vigora no ordenamento jurídico. A metodologia utilizada para elaboração do trabalho foi através do método indutivo e da pesquisa bibliográfica.

Paravras-chave: Lei de Drogas. Artigo 28. Princípio da Insignificância. Usuário de Drogas. Descriminalização. Despenalização. Lei 11.343/2006.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 O ADVENTO DA LEI 11.343 DE 2006	08
2.1 UMA ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006	12
3 AS DIFERENÇAS ENTRE CONSUMIDOR DE DROGAS E TRAFICANTE DE DROGAS	17
3.1 O PROCEDIMENTO PENAL APLICADO	21
4 A DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006	24
4.1 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006	31
5 CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as mudanças trazidas pela Lei 11.343/2006, principalmente do que diz respeito ao seu artigo 28 e ao tratamento dado ao mero usuário de entorpecentes.

O objeto central do estudo será o artigo 28, que trouxe consigo diversas modificações importantes em relação ao artigo 16 da Lei 6.368/76, como por exemplo, a aplicação de uma política de prevenção com relação ao usuário de drogas, bem como a previsão de medidas alternativas como a advertência, prestação de serviços à comunidade, entre outras medidas, além da vedação a pena privativa de liberdade ao usuário flagrado portando substância entorpecente.

Com o advento da nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, surgiu uma nova realidade social, onde o Estado age punindo o traficante e o usuário, mas não deixa de reconhecer o segundo como agente que precisa de proteção social.

Denota-se que a nova lei mudou a maneira como é tratado o uso indevido de entorpecentes, uma vez que agora o usuário não é mais tratado da mesma forma que um traficante, mas sim como uma pessoa que necessita de ajuda, com medidas eficazes e justas, bem como um tratamento adequado para sua reinserção na sociedade.

Com a intenção de analisar este tema, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo trás uma análise das mudanças trazidas pela Lei 11.343/06, principalmente no que diz respeito ao artigo 28.

No segundo capítulo é feita a necessária distinção entre o mero usuário de entorpecentes e o traficante de drogas.

Também é feita uma abordagem do procedimento penal aplicado aos casos em que o agente pratica o crime tipificado no artigo 28 da Lei de Drogas.

Ao final, o último capítulo abordará a polêmica da descriminalização e despenalização, assunto bastante controverso e discutido na doutrina. Também será comentada a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nestes casos.

A metodologia utilizada para elaboração deste trabalho foi o método indutivo através de uma pesquisa bibliográfica.

2 O ADVENTO DA LEI 11.343/2006

Em 1940 com a vigência do Código Penal (Decreto-lei Numero 2.848), o delito de trafico de drogas era tipificado no artigo 281, que previa:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis(BRASIL, 1940).

Denota-se que não havia distinção entre a posse para consumo e o trafico, o que resultava em pena de reclusão, na hipótese de não pagamento de fiança e na necessidade de uma condenação penal.

Para alcançar a evolução da sociedade, o artigo 281 teve alterações dadas pela lei 4.451/64, pelo decreto lei 385/68 e pela lei 5.726/71.

Com o advento da Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, foi renovada a redação do artigo 281 do Código Penal, que passou a dispor sobre a prevenção e também repressão do trafico de drogas ou substancias que causam dependência física ou psicológica. Pouco tempo depois esta lei revogada pela Lei 6.368/76, sendo que esta passou a tratar exclusivamente do tema, deixando o Código Penal de regular acerca da matéria.

Com o tempo e a evolução do tráfico e do uso de entorpecentes no país, essa lei se tornou ultrapassada, não acompanhando mais as necessidades no tocante a repressão da criminalidade, não sendo mais tão eficiente.

Segundo Souza (2006, p.01 e 02):

A legislação antidroga anterior (lei 6.368/76) há muito estava a reclamar modificações em sua concepção com relação aquelas condutas que causam danos sociais a justificar a aplicação dos meios tradicionais de pena (prisão e multa), separando de forma mais racional aquelas situações em que a conduta do agente se volta mais contra ele próprio do que contra a sociedade, daquelas em que, ao contrário, o agente, cria um risco real, para a saúde pública em geral e, além disso, fomenta uma série de atividades criminosas que se desenvolvem no entorno do comércio de substâncias entorpecentes ilícitas.

Em 2002, foi criada a Lei 10.409, que tinha a intenção de substituir a Lei n. 6.368/76, porém, apenas a parcela que tratava de direito processual foi aprovada, uma vez que em sua parte penal, a lei apresentava incoerências.

A matéria processual estava regulada nos seus Capítulos IV (Do Procedimento Penal) e V (Da Instrução Criminal). Já a parte penal era disciplinada pela Lei n. 6.368/76.

Sendo assim, a parte processual era de 2002, a parte penal era regulada por uma lei do ano de 1976.

Já no ano de 2006 o Brasil possuía assustadores índices de consumo e comércio de drogas ilícitas. Possivelmente isso ocorreu pela proximidade com países produtores de drogas ou talvez pela sua grande população.

Claramente era necessária a criação de uma nova lei que tratasse do assunto, trazendo meios mais eficazes de punir os usuários, e que trouxesse uma forma de reabilitação. Também se fazia necessário a inserção de medidas que prevenissem o uso indevido de substâncias ilícitas e, evidentemente, uma distinção entre traficantes e usuários, destinando o devido tratamento a cada um deles.

Para sanar os problemas causados por esta situação, surgiu a Lei 11.343, que entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006, e por meio de seu artigo 75 revogou expressamente os diplomas legais acima citados.

A nova lei trouxe consigo, entre outras novidades, inúmeras modificações com relação ao usuário de drogas.

Com ela foram criadas duas novas figuras típicas: A de transportar e ter em depósito.

Também foi substituída a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário, passando a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa.

Esta lei tipificou a conduta daquele que cultiva e colhe plantas destinadas à preparação, para consumo pessoal, de pequena quantidade de substância capaz de causar dependência física ou psíquica.

Na revogada Lei n. 6.368/76, este crime era tipificado no artigo 16, com a seguinte redação:

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.(BRASIL, 1976)

Se presentes os requisitos, eram admitidos o sursis, a progressão de regime e a substituição por pena restritiva de direitos, se presentes as condições necessárias. Já a pena de multa era calculada na forma do revogado art. 38 da Lei n. 6.368/76.

A nova lei trouxe consigo, em seu artigo 28, enorme modificação nesse aspecto.

A nova Lei de Drogas repressende a produção e o cultivo não autorizado de substâncias ilícitas, bem como o tráfico. Também indica medidas de reinserção dos usuários na sociedade, bem como medidas de prevenção.

A Constituição Federal, em seu artigo 196 dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, p.81).

Consoante dispositivo acima citado, vem o artigo 19 da nova lei, que estipula várias diretrizes e princípios a serem seguidos para prevenção do uso indevido de entorpecentes com o claro objetivo de redução de riscos. Desta forma esse dispositivo tende a política de redução de danos.

Nesse sentido leciona Souza grifando que a política criminal adotada pela lei 11.343/06, se aproxima da política de redução de danos, vejamos o diz o autor:

(...) O legislador da lei 11.343/06, sensível à realidade das pessoas usuárias e viciadas no uso de drogas, houve por bem estabelecer para a sanção das condutas que ela previu como crimes onde essas pessoas aparecem no pólo ativo (agentes ativos), as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços a comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, abandonando-se o modelo de repressão “norte-americano” (tolerância zero) e aproximando-se de algo parecido com o “modelo europeu” e da “justiça terapêutica” (SOUZA, 2006, p. 25).

Renato Marcão leciona:

Agora, uma das consequências da política de redução de danos adotada na nova lei é o abrandamento do rigor punitivo em relação às condutas anotadas no art. 28 (caput e § 1º), onde a realização típica sujeita o agente às penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (MARCÃO, 2006, p 68 e 69).

Abel Fernandes Gomes também se manifesta sobre o assunto:

Advertir, no caso, significa avisar, em tom de repreensão, sobre os efeitos da droga. Afinal, quando o legislador dispõe que o objeto da advertência são os efeitos do uso de drogas, quer com isso dizer que será feito ao sentenciado um aviso sobre todas as consequências que o uso das drogas pode acarretar (GOMES, 2006, p. 13)

A advertência a que se refere Abel Gomes é um aviso, feito muitas vezes em sede de audiência, alertando o usuário sobre as consequências do uso de substâncias ilícitas.

Essa política de redução de danos mostra-se a mais acertada para, de certa forma, solucionar os problemas que as substâncias ilícitas trazem para a sociedade, demonstrando que apenas soluções preventivas e, principalmente, repressivas, não são mais suficientes para a solução do problema.

2.1 O ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006

Como já mencionado, a Lei 11.343/06 trouxe significativas mudanças, principalmente relacionadas à figura do usuário de drogas.

Esta Lei trouxe ao ordenamento jurídico uma nova visão sobre quem é o usuário, e quais são as condutas por ele praticadas. Também trouxe sanções que vão de advertências sobre os efeitos das drogas à medidas educativas de comparecimento a programa ou cursos educativos.

O artigo 28 trouxe as condutas constantes no artigo 16 da antiga Lei, juntamente com duas novas condutas inclusas no novo tipo penal: a de “ter em depósito” e “transportar”.

Guilherme de Souza Nucci faz importantes considerações sobre o art. 28 da lei 11.343/06:

Análise do núcleo do tipo: adquirir (comprar, obter mediante certo preço), guardar (tomar conta de algo, proteger), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro) ou trazer consigo (transportar junto ao corpo) são as condutas, cujo objeto é a droga

(substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica). Difere este crime do previsto no art. 33, justamente em face da finalidade específica do agente (consumo pessoal). Não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo. Além da possibilidade de transação (art. 48, §5º), não se imporá prisão e flagrante (art.48, §2º) e, ao final, poderá ser aplicada simples advertência. Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta Lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade. O máximo a que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência em curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa. Nem contravenção penal recebeu tratamento tão benigno do legislador. Outro ponto a ser analisado diz respeito ao uso do entorpecente, que não consta no tipo, logo, não é incriminado. A despeito de se ter editado uma nova lei antitóxicos, se alguém for surpreendido usando a droga (ex: cocaína injetada na veia), sem possibilidade de se encontrar a substância entorpecente em seu poder, não pode ser punido. (NUCCI, 2009, p. 554).

Devido ao fato de possuir várias condutas incriminadoras, o artigo 28 é tido como tipo penal misto alternativo.

O verbo “adquirir” trata de obter droga para consumo pessoal, por meio de troca ou compra. O verbo “guardar” trata do caso em que o agente retém a substância. No mesmo sentido as condutas “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”. Ademais, agora também é considerado crime semear, cultivar ou colher, para consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Embora consideradas inovações trazidas pela nova Lei, essas condutas já existiam e eram tipificadas como crime na Lei 6.368/76, porém, o agente que as praticasse estaria praticando o crime de tráfico de drogas.

Fernando Capez trata de três ações típicas que atualmente fazem parte do rol dos crimes praticados por usuários de drogas:

Semear: é espalhar, propalar, deitar, lançar sementes ao solo para que germinem. O crime é instantâneo, pois se consuma no instante em que a semente é colocada na terra. No tocante à posse de sementes de plantas

que no futuro serão apresentadas como droga, em regra, constitui fato atípico por ausência de prescrição legal; porém, se nas sementes for encontrado princípio ativo de alguma droga, será considerado crime. Neste caso, não por ser semente, mas por ter idoneidade para gerar a dependência, o que a torna objeto material do crime (passa a ser considerada a própria droga), salvo se não constante da relação baixada pelo Ministério da Saúde. Desse modo, se as sementes tiverem aptidão para gerar dependência física ou psíquica, serão consideradas droga (por terem princípio ativo), devendo o fato se enquadrar no art. 33 ou no art. 28, conforme o caso (intenção de consumo pessoal ou não); não tendo princípio ativo, não constituirão o objeto material do tráfico de drogas, nem do porte para consumo pessoal, e também não tipificarão a conduta de semear, pois ter a semente não é o mesmo que semear, constituindo-se, no máximo, ato preparatório e, portanto, irrelevante penal. Cultivar: é fertilizar a terra pelo trabalho, dar condições para o nascimento da planta, cuidar da plantação, para que esta se desenvolva. É figura permanente, protraindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e existir um vínculo entre o indivíduo e a plantação. Colher: é retirar, recolher a planta, extraindo-a do solo. (CAPEZ, 2008, p. 764).

Com relação a quem pode ser considerado o sujeito deste tipo de crime, denota-se que ele pode ser praticado por qualquer pessoa.

A coletividade nesses casos é o sujeito passivo, uma vez que as substâncias que os usuários portam podem fazer mal à sociedade.

A substância entorpecente é tida como o objeto do crime. De acordo com a lei 11.343/06, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS n. 344 de 12 de maio de 1988.

Para a consumação do crime do artigo 28 da Lei 11.343/2006, o agente deve praticar alguma das condutas tipificadas no referido artigo. As expressões “sem autorização” e “em desacordo com determinação legal ou regulamentar” formam elemento normativo do tipo penal.

Denota-se que, caso autorizado a praticar alguma conduta prevista neste artigo, o fato seria atípico, por não constituir crime.

Nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci:

A expressão sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar constitui fator vinculado à ilicitude, porém inserido no tipo incriminador torna-se elemento deste e, uma vez que não seja preenchido, transforma o fato em atípico. Portanto, adquirir, guardar, ter em depósito (etc.) drogas, para consumo pessoal, devidamente autorizado, é fato atípico. Pensamos que essa situação é excepcional, sob pena de se gerar contradição patente. Não é viável, por ora, autorizar alguém a manter cocaína em casa, para uso próprio. Porém, cuidando-se de um doente, em estado muito grave, pode ser possível a manutenção de morfina, para consumo pessoal, como meio de amenizar a dor provocada por alguma enfermidade. Seria, pois, fato atípico. (NUCCI, 2009, p. 548).

Esse tipo de crime admite a tentativa, uma vez que no ato da aquisição da substância, por exemplo, ele seja impedido por circunstâncias alheias a sua vontade.

O advento da nova lei de drogas, que trouxe consigo o artigo 28, causou divergências no ordenamento jurídico penal com relação a sua constitucionalidade e natureza jurídica.

As penas descritas no artigo 28 não se enquadram nas penas dos crimes e nem das contravenções, o que gerou bastante confusão, surgindo diversas teorias na doutrina com o intuito de esclarecer a situação.

Entre as diversas teorias, três ganharam maior destaque.

A primeira defendia que o art. 28 pertenceria ao Código Penal, considerando “crime”. Para a visão deles houve uma despenalização, mas não um *abolitio criminis*.

Também surgiu a teoria que pregava ter havido *abolitio criminis* em relação ao usuário de drogas, ocorrendo uma descriminalização substancial do tipo.

E, também, surgiu a teoria denominado por Luiz Flávio Gomes de judicial sancionador, que declarava que o art. 28 constituiria uma infração penal sui generis, não pertencente ao direito penal clássico, nem ao direito administrativo, sendo um novo ramo do direito.

Luiz Flávio Gomes, em seu livro que trata sobre a nova lei de drogas, afirma que o que houve foi uma despenalização, afirmando que a conduta descrita no artigo 28 não é crime já que suas sanções não comportam pena de prisão, e nem, pela mesma razão, são consideradas contravenções penais.

Por se tratar de sanção aplicada por juiz do Juizado Especial, e não por autoridade administrativa, também não se trata de ilícito administrativo

Também no mesmo sentido a jurisprudência se posicionou a favor da despenalização da conduta contida no art. 28, concluindo que tal descriminalização, “entendida com exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”.

Para resolver a questão dos diversos posicionamentos, a doutrina majoritária e o posicionamento do STF declaram que houve uma despenalização e não uma descriminalização, considerando crime ainda, o detentor de drogas para consumo próprio.

3 AS DIFERENÇAS ENTRE CONSUMIDOR DE DROGAS E TRAFICANTE DE DROGAS

Diferenciar o mero usuário de drogas, que porta entorpecente para uso pessoal, do agente que pratica o tráfico ilícito de entorpecentes não é uma tarefa simples.

Acerca do tema, entende Luiz Flávio Gomes:

Um dos maiores problemas técnicos contidos na lei de drogas (Lei 11.343/2006) diz respeito à distinção entre usuário e traficante. A lei não foi clara. Não estabeleceu critérios objetivos certos. Deixou grande margem de discricionariedade, o que dá ensejo a posturas puramente ideológicas (ideologia da segurança versus ideologia da liberdade). Impõe-se reformar a legislação penal brasileira (também) nesse ponto. Tudo é uma questão de respeito ao direito fundamental da liberdade. Também é uma questão de evitar discriminações e tratamentos desiguais (a depender do status da pessoa).

A principal causa que dificulta a distinção entre quem pratica o crime de tráfico e quem é apenas mero usuário de entorpecentes está no artigo 33 da Lei de Drogas que, igualmente ao artigo 28, possui como uma de suas condutas típicas o “trazer consigo”.

Vejamos a expressão usada no artigo 33:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, **trazer consigo**, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...) (BRASIL, 2006)

Denota-se a mesma expressão no artigo 28:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou **trouzer consigo**, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (...) (BRASIL, 2006)

Para demonstrar quais as condutas do usuário de entorpecentes, deve ser usada a previsão dada pelo artigo 28, §2º da lei 11.343/2006.

O artigo 28, §2º diz:

Art. 28. (...) § 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006)

Abel Fernandes Gomes (2006, p. 04) com relação ao porte de substância ilícita para consumo diz que “é conceito que se dirige ao indivíduo que utiliza a droga pessoalmente, sem que tal uso lhe tenha sido indicado pelo profissional da medicina, o que o torna clandestino em face da proibição legal”.

Sendo assim, a finalidade de trazer consigo a substância entorpecente é meramente para consumo pessoal, sem haver intenção de praticar o crime de tráfico.

Neste sentido, prescreve Vicente Greco Filho:

Fim específico de consumo pessoal. O legislador utiliza um fim específico do agente com três objetivos: a) caracterizar o crime (como, por exemplo, o de associação do art. 35), de modo que se não houver tal fim não há crime; b) para abrandar, como neste art. 28 e em formas privilegiadas de crimes; c) para agravar, como o fim de lucro, que aparece como figura qualificadora em certos crimes. Resume-se, pois, o fim à que se destina o crime de porte de drogas ao uso da substância, pelo agente, dentro de seu âmbito pessoal (GRECO FILHO, 2006. p. 48)

Ademais, deve ser procedida pelo Magistrado a análise do caso concreto, sabendo a quantidade de droga apreendida, o local em que o usuário se encontrava, em que circunstâncias o agente foi preso, os antecedentes criminais e também o meio social no qual o autor do suposto delito habita.

Nesse sentido entende a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. AGENTE ENCONTRADO COM 1 (UMA) PEDRA DE CRACK. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADA. ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DISPOSTO NO ART. 28 DA LEI N. 11343/06. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE MERCÂNCIA. PLEITO ACOLHIDO. 1 - Tendo o apelante confessado a propriedade da substância e sua destinação para o uso próprio, deve ele, ser condenado nas sanções do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, com base na aplicação do brocardo in dubio pro reo, porquanto inexistentes os indícios que apontem à traficância. Dosimetria. art. 28, caput, da lei n. 11.343/06. Prestação de serviços à comunidade. Remessa dos autos ao juizado especial criminal. "Levando-se em consideração que este novo delito se enquadra na categoria de menor potencial ofensivo, imprescindível a observância dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95" (Ap. Crim. n. Rel. Des. Torres Marques, j. 7-7-2009). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (599580 SC 2009.059958-0, Relator: Alexandre d'Ivanenko, Data de Julgamento: 29/01/2010, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n., de Araranguá)

A quantidade de droga apreendida com o agente não é o único fator que comprova a finalidade de uso, uma vez que todas as circunstâncias anteriormente mencionadas devem ser analisadas para se chegar a uma análise técnica e justa do crime destinado aos usuários de drogas.

Abel Fernandes Gomes trata do conceito do agente que pratica o crime do artigo 33:

E o traficante, que é aquele sujeito que comercializa ou, de qualquer forma, facilita, possibilita ou contribui para a disseminação da droga na sociedade, ainda que gratuitamente e com vistas a qualquer fim, por meio de uma das diversas condutas que estão indicadas no Capítulo II do Título IV da Lei (GOMES, 2006, p. 7).

O crime de tráfico ilícito de drogas recebe por pena, pela prática de quaisquer dos 18 (dezoito) verbos/conduitas dispostos junto ao caput do art. 33, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Com relação às penas cominadas ao delito em questão, Abel Fernandes Gomes destaca:

A sanção penal sofreu importante acréscimo. O legislador entendeu que a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas devem ser punidos mais gravemente. Fixou penas que vão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa que oscila entre 500 a 1.500 dias-multa. Trata-se de norma penal mais gravosa, que deve se aplicada apenas aos fatos cometidos após a vigência da Lei nº 11.343/06, que ocorreu em 8 de outubro de 2006, por força de seu art. 74 (GOMES, 2006, p. 19).

Segundo Luiz Flávio Gomes, existem atualmente dois meios para saber se o agente é traficante ou usuário:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). [...]

É da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério (sistema de reconhecimento judicial ou policial).

Do juiz ou da autoridade policial espera-se uma fundamentação convincente (baseada nos fatos provados) para o devido enquadramento típico do fato. No § 2º que estamos comentando, a Lei fez expressa referência tão somente ao juiz. Na verdade, também a autoridade policial se encarrega da responsabilidade de classificar o fato (no art. 28 ou 33, basicamente). Quando ocorre prisão em flagrante ou quando ausente a autoridade judicial, o fato é levado ao conhecimento da autoridade policial, a quem compete fazer a devida distinção (entre usuário ou traficante) (GOMES, 2006, p. 131 e 132).

Pelo fato de o Brasil adotar o sistema de reconhecimento judicial ou policial, a nova lei estabeleceu alguns vetores aferidores, podendo-se concluir que não se trata apenas de uma opinião do Magistrado, uma vez que os dados são objetivos.

3.1 O PROCEDIMENTO PENAL APLICADO

Existe um procedimento específico para o crime de porte de substância entorpecente, e um para os outros crimes.

Para o crime de porte de entorpecentes, o procedimento penal aplicado é o previsto aos crimes de menor potencial ofensivo, sendo o Juizado Especial Criminal competente para processar e julgar este crime. No caso de concurso dos crimes constantes nos artigos 28, 33 e 37 da Lei de Drogas, a competência do JeCrim é relativizada.

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

Há vedação a prisão em flagrante nesses casos, sendo o agente encaminhado ao juízo competente. Após lavrado o termo circunstanciado e requisitados os exames periciais necessários, autor do delito pode assumir o compromisso de comparecer em juízo.

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

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

É necessário destacar a hipótese do agente apreendido se recusar a assumir o compromisso de comparecer na sede dos Juizados Especiais. Nesse caso, considerando o entendimento doutrinário, não poderá ser lavrado auto de prisão em flagrante, pois, não obstante ao art. 69, parágrafo único da lei 9.099/95, a imposição do flagrante ao usuário não é possível, haja vista que a lei 11.343/06 não prevê penas privativas de liberdade aos usuários de drogas.

Acerca da obrigatoriedade do agente a assinar o Termo de Compromisso de comparecimento à audiência de conciliação, tem destaque os seguintes posicionamentos:

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

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

No que diz respeito ao art. 76 da Lei 9.009/9528, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata das penas prevista no art. 28 da lei 11.343/06, devendo tal medida ser especificada na proposta.

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

4 A DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Este assunto causou diversas divergências doutrinárias, tendo o tema a contribuição dos mais diversos doutrinadores.

Um dos principais doutrinadores que tratam do tema foi Luiz Flavio Gomes. Ele entende que ao deixar de aplicar pena privativa de liberdade ao usuário foi extinto o caráter criminoso de sua conduta.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p. 108) “descriminalizar é retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal).”

Como já mencionado, o advento da Lei 11.343/06, principalmente no que tange ao artigo 28, acarretou posicionamentos doutrinários divergentes.

A discussão gira, principalmente, acerca da despenalização e descriminalização.

Descriminalizar seria retirar do fato a sua tipicidade, que é o que o torna relevante frente ao Direito Penal.

A redação atual do artigo 28 na Lei de Drogas, antigamente, quando descrito no artigo 16 da Lei 6.368/76, trazia a prática de um crime.

Ao revogar o artigo 16 da antiga lei de drogas, modificando as sanções impostas ao mero usuário de entorpecentes, vedando a aplicação de pena privativa de liberdade, a polêmica em torno da descriminalização do artigo 28 ganhou maior espaço.

Os defensores da descriminalização encontram fundamento no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que diz:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.(BRASIL, 1940)

Este artigo complementa a idéia de descriminalização uma vez que diz que para ser considerado crime a conduta do agente deve ser punida com pena de reclusão ou detenção.

Para Luiz Flávio Gomes:

Ora, se legalmente (no Brasil) 'crime' é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser 'crime' porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de 'infração penal' porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração 'penal' no nosso País. (GOMES, 2016).

Destaca-se que as penas do artigo 28 não possuem relevância no âmbito penal, podendo ser consideradas iguais as medidas socioeducativas impostas aos adolescentes pelo ECA.

Para Rogério Sanches Cunha (2006), o artigo 28 foi descriminalizado, sendo retirado o seu caráter criminoso.

Também, ao vedar a pena de prisão ao mero usuário de entorpecentes, o artigo 28 da Lei de Drogas teria sido despenalizado.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). (GOMES, 2016).

Maria Lúcia Karan afirmava, mesmo antes da vigência da nova lei, que o uso de entorpecentes era uma questão individual, que não ofendem a saúde pública e a vida da sociedade, não tendo o Estado o condão de interferir:

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

Para Alice Bianchini, o art. 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), como para muitos, não foi acolhido pelo instituto da despenalização, sendo este, alcançado pela descriminalização substancial ou abolitio criminis:

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

O maior defensor da descriminalização do art. 28 da lei 11.343/06, Luiz Flávio Gomes disserta em sua obra o seguinte:

A etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico; o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais; (GOMES, 2016).

Ou seja, embora o artigo 28 esteja inserido no capítulo chamado de "Dos crimes e das penas", ao se tratar das consequências que implicam ao mero usuário, a lei fala de medidas ou então de medidas educativas, sendo assim, não tem o caráter de pena.

A despenalização seria uma espécie de suavizador de penas, excluindo a pena privativa de liberdade. Nesse passo, o posicionamento dos Tribunais:

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

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CRIME COMETIDO EM MOMENTO POSTERIOR À CUSTÓDIA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76. DESPENALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. É inviável a aplicação da detração penal em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar. 2. Na hipótese dos autos, portanto, não há que se falar em detração da pena imposta. O paciente cumpriu prisão cautelar no período compreendido de 8/12/1999 a 12/9/2000 e de 7/8/2001 a 8/7/2002. Em seguida, foi condenado por outro delito, cometido em data posterior, a saber, em 27/11/2007. 3. A esta condenação não pode ser aplicada a detração penal, no tocante ao período em que o paciente esteve preso cautelarmente em outros feitos criminais. Entender de maneira contrária seria como conceder ao indivíduo possível "crédito" a quem cometesse uma nova infração penal sem ser punido. Precedentes do STJ. 4. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não houve descriminalização da conduta prevista no art. 16 da Lei

nº 6.368/76 pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, mas despenalização. (RE 430.105QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 13/2/2007). A conduta criminosa não foi abolida pela nova lei. Foi apenas imposta sanção de ordem diversa, de modo que não há que ser reconhecido o crédito de pena. 5. Ordem denegada. (154776 MG 2009/0230561-3, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 03/05/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2011)

Luiz Flávio Gomes trata da despenalização:

Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso de pena de prisão, mas mantendo – se intacto o caráter de ‘crime’ da infração (o fato continua sendo infração penal). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para o delito. (GOMES, 2016).

Para Fernando Capez, o fato de o artigo 28 estar no capítulo que trata “Dos crimes e das penas” faz com que suas condutas tenham natureza de crime.

A idéia de despenalização também é embasada no fato de que as penas cominadas ao agente que pratica as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, de acordo com o artigo 48, parágrafo primeiro da mesma Lei, só podem ser aplicadas por juiz criminas.

Ademais, as sanções trazidas no artigo 28 estão de acordo com a Constituição Federal, pois, são penas com caráter de prestação social ou restrição de direitos.

Embora a nova lei não tenha cominado pena privativa de liberdade ao mero usuário, este fato não tem o condão de afastar o caráter criminoso da conduta praticada pelo agente.

Visando ainda justificar a implicação do instituto da despenalização no artigo 28 da lei 11.343/06, deve-se salientar que em consonância com o artigo 63 do Código Penal e art. 7º da Lei de Contravenções Penais, considera-se reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal. Sendo assim, tendo o art. 28, §4º da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), estabelecido critérios

para a atribuição da reincidência, a conduta descrita em seu caput não foi descriminalizada.

Existem vários outros autores que defendem a despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas.

Um trecho da obra de Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues:

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

Renato Marcão (2007) não concorda com a linha que Luiz Flávio Gomes defende, dizendo que não houve a descriminalização da conduta neste caso.

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

Segundo ele as sanções continuam sendo sanções penais, embora próprias e específicas ao caso:

Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução do Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso do decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar. (GRECO, 2008, p. 44.).

Mesmo com os embasados fundamentos das duas correntes, a jurisprudência pátria vem acolhendo a tese de despenalização do artigo 28 da Lei 11.343/2006:

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI 11.343/06. INOCORRÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. 1. A Lei n. 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de portar substância entorpecente para uso próprio, apenas cominando novas modalidades de sanção para o tipo penal previsto no artigo 28 da mesma lei. Conduta, portanto, típica. 2. Tendo decorrido mais de dois anos entre a data do fato e esta sessão de julgamento, sem a ocorrência de qualquer marco 39 interruptivo legal, incide o disposto no artigo 30 da Lei n. 11.343/06. Extinção da punibilidade do réu, que se pronuncia ex... (71003741394 RS , Relator: Edson Jorge Cechet, Data de Julgamento: 25/06/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/06/2012, grifo nosso).

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

Vejamos o informativo número 456 do Supremo Tribunal Federal:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de

Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. (RE-430105)

A posição da despenalização é acolhida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, o artigo 28 da Lei de Drogas continua sendo crime.

4.1 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

O Princípio da Insignificância tem a finalidade de excluir ou afastar a tipicidade do fato praticado, ou seja, não o considera como crime. Sua aplicação tem como resultado a absolvição do agente que praticou o fato.

Sua utilização requer a presença de certos requisitos, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovação da conduta praticada, e a inexpressividade da lesão jurídica provocada por tal conduta.

Em muitos casos não há interesse nem necessidade de se movimentar todo o aparato Estatal para punir uma conduta insignificante frente ao Direito Penal, cuja a conduta não chega a lesionar de forma significativa os bens jurídicos tutelados pela

lei. Existem comportamentos que, embora reprováveis, são socialmente insignificantes, não havendo a necessidade de a aplicação de uma punição,

Para Fernando Capez:

“Segundo tal preceito, não cabe ao Direito Penal preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico”. (JUS BRASIL, acesso em junho de 2016).

Existem divergências doutrinárias acerca da aplicação deste princípio.

Para Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, mesmo que a conduta praticada pelo agente seja insignificante, deve ser aplicada uma sanção.

Segundo ele, embora o delito do artigo 28 da Lei de Drogas tenha adquirido ínfimo caráter ofensivo e comporte apenas penas brandas como a advertência, o ideal é que, independente da gravidade da sanção, ela seja aplicada, por menor que seja a quantidade de substância entorpecente apreendida no caso concreto.

Assim, evita-se o crescimento da atividade do agente, que pode se tornar viciado ou até mesmo traficante.

Nesse sentido:

Não se aplica o princípio da insignificância para o crime de posse/porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006). Para a jurisprudência, não é possível afastar a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio com base no princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida. **STJ. 6a Turma. RHC 35.920-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014 (Informativo 541).**

De acordo com o informativo 541 do STJ, o princípio da insignificância não é aplicado no caso de porte de substância entorpecente para consumo próprio.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS Nº 306.216 - RS (2014/0259074-1) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PACIENTE : MARCELO FERREIRA DA ROSA DECISÃO Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Marcelo Ferreira da Rosa apontando-se como autoridade coatora a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Narra a impetrante que o paciente foi denunciado como incurso nos art. 329 do Código Penal e 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, pelos seguintes fatos: 1º) No dia 19/7/2013, na via pública, o denunciado teria se oposto à execução de ato legal mediante grave ameaça contra policiais militares, quando do exercício de suas funções; e, 2º) Nas mesmas circunstâncias de tempo e local do 1º fato, o denunciado estaria portando, para consumo pessoal, 5 trouxinhas de crack, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. A denúncia foi recebida parcialmente em 10 de fevereiro de 2014, havendo rejeição quanto ao 2º fato descrito na exordial acusatória (posse de entorpecente para consumo pessoal), com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, aplicando-se o princípio da insignificância (fl. 2). Daí o Parquet estadual recorreu, tendo o Tribunal a quo dado provimento à Apelação n. 70059743393 (fl. 92): APELAÇÃO. ART. 28, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TESE AFASTADA. **A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, não sendo hipótese de aplicação do princípio da insignificância.** Denúncia recebida. Apelação do Ministério Público, provida. Alega a Defensora Pública, em suma, que a posse de droga para consumo pessoal transformou-se, com a nova Lei nº 11.343/2006, numa infração "sui generis" (art. 28, que não comina pena de prisão). A ela se aplica, isolada ou cumulativamente, uma série de medidas alternativas (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo). Quando, entretanto, se trata de posse ínfima de droga, o correto não é fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, sim, o princípio da insignificância, que é causa de exclusão da tipicidade material do fato (fl. 5). Requer, liminarmente e no mérito, a cassação do acórdão atacado para que seja mantida a decisão de primeira instância, quanto ao delito de posse, diante do princípio da insignificância, com a proclamação do trancamento da ação pena (fl. 13). É o relatório. A concessão de liminar em habeas corpus é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano, o que não é o caso dos autos. **A alegação de que deve ser aplicado ao caso o princípio da insignificância, tendo em vista a ínfima quantidade de droga encontrada com o paciente, nesse exame preliminar, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, o que demonstra, assim, a ausência do fumus boni juris. Vejam-se: [...] 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de**

posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância. 2. Recurso desprovido. (RHC n. 34.466/DF, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 27/5/2013) [...] 1. "A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância" (RHC 34.466/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 27/05/2013, grifo nosso).

A tipicidade material do porte da substância entorpecente não é afastada, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.

O crime de porte ilegal de drogas é de perigo abstrato, sendo assim, para a caracterização do delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006, não é necessário ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado, bastando para a consumação a prática da conduta descrita no tipo penal.

Ademais, o fato de adquirir substância entorpecente, ainda que para consumo próprio, faz com que o usuário alimente e estimule o comércio ilícito, gerando perigo à sociedade.

Além da saúde do usuário, o objeto jurídico tutelado também é a saúde pública, visto que a conduta do agente acaba por atingir não somente a sua esfera pessoal, mas também toda a coletividade.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstra claramente que a Lei 11.343 de 2006 trouxe diversas mudanças e, também, algumas divergências polêmicas na doutrina com relação ao conceito e o tratamento do usuário de drogas.

A redação do artigo 28 da Lei 11.343/06 trouxe tratamento especial ao usuário de drogas, anteriormente tratado de forma semelhante ao traficante.

Agora, além de meios de punição mais brandos e adequados a situação do usuário de entorpecentes, a preocupação é com a reintegração social dos dependentes destas substâncias.

A nova política de prevenção trazida pela nova lei vedou expressamente a pena privativa de liberdade no caso de o agente ser surpreendido em posse de substância entorpecente para consumo próprio.

Com as diversas mudanças também surgiram as divergências doutrinárias acerca da descriminalização ou despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas.

A discussão gira em torno da hipótese de que o referido diploma legal foi descriminalizado, despenalizado ou se houve uma abolitio criminis. Denota-se na presente pesquisa que as opiniões doutrinárias divergiram.

Atualmente, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é de que houve uma despenalização, entendimento esse que deve servir de orientação.

Sendo assim, embora não seja cominada pena de prisão ao usuário de entorpecentes, ao praticar as condutas descritas no artigo 28 da Lei de Drogas o agente comete crime, e não infração penal ou infração administrativa como defendido por algumas correntes doutrinárias.

O fato de o tipo penal estar inserido no capítulo chamado de “Dos crimes e das penas”, bem como se tratar de crime de menor potencial ofensivo, sendo a

competência para processar e julgar do Juizado Especial Criminal, onde as sanções são aplicadas por um magistrado e não por uma autoridade administrativa, deixam claro que ainda se trata de um crime.

Também, atualmente, o entendimento é de que não é possível a aplicação do princípio da insignificância nestes casos.

Segundo o entendimento, mesmo que a quantidade de substância entorpecente seja ínfima, não há a possibilidade de exclusão da tipicidade do crime por meio da aplicação do princípio da insignificância.

O delito do artigo 28 é de perigo abstrato, bastando a prática de uma de suas condutas para que a consumação ocorra.

Mesmo que a substância seja adquirida, nestes casos, para consumo próprio, o usuário acaba por estimular o comércio de entorpecentes e sustentar o tráfico, devendo ser punido.

As sanções, embora brandas, devem ser aplicadas com o intuito de fazer com que o agente se reintegre a sociedade, abandonando o uso de drogas, uma vez que além da própria saúde, ele acaba por atingir toda a coletividade.

Da presente pesquisa denota-se que a Lei 11.343/2006 trouxe benéficas mudanças ao ordenamento jurídico no que diz respeito ao usuário de entorpecentes.

Agora o usuário de drogas é visto como uma vítima do comércio de substâncias ilícitas, sendo reconhecido como alguém que precisa de amparo, recebendo tratamento adequado e uma punição justa, de acordo com o delito que praticou, não sendo mais tratado como mero delinquente.

REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL, Decreto-Lei n.º2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976. (Revogada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em 16 de junho de 2016.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Direito Penal** — Legislação Penal Especial, 2008, Editora Saraiva.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>; Acesso em junho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/9180>>. Acesso em: junho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Nova Lei de Drogas** comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Abel Fernandes; GRANADO, Marcello. **Nova lei antidrogas**: Teoria, crítica comentários a lei nº 11.343/06. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

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

JUS BRASIL.Princípio da insignificância ou bagatela Extraído de: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo -**Jus Brasil**
<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1232617/opinioao-principio-da-insignificancia-ou-bagatela>. Acesso em: Set de 2016

MARCÃO, Renato. Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – **Nova Lei de Drogas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

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

SOUZA, Sergio Ricardo de. **A Nova Lei Antidrogas** (Lei 11.343/2006): Comentada e Anotada. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar; **Nova Lei de Drogas & crimes, investigação e processo**; Porto Alegre; 2007