



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS
SOCIAIS - FAJS**

LUIZ HENRIQUE FONSECA TEIXEIRA JUNIOR

**AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTIDROGAS – LEI N.
11.343/2006.**

**BRASÍLIA
2011**

LUIZ HENRIQUE FONSECA TEIXEIRA JUNIOR

**AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTIDROGAS – LEI N.
11.343/2006.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Prof. Georges Carlos
Frederico Seigneur.

**BRASÍLIA
2011**

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta o estudo sobre a Lei 11.343/2006, conhecida também como Lei Antitóxicos, Lei Antidrogas ou Nova Lei de drogas. Inicialmente, o trabalho aborda pontos históricos sobre a droga no Brasil e no mundo. Posteriormente, o trabalho aprofunda dentro da própria Lei, especificando princípios e funções do SISNAD, uso indevido das drogas, usuários e o tráfico ilícito de drogas, a partir de uma visão mais detalhada, sempre fazendo comparativos com as legislações anteriores, buscando detectar mudanças ocorridas. Esta Lei revogou expressamente as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, esta última tinha o objetivo de revogar a Lei 6.368/76, e dispunha sobre prevenção, tratamento, fiscalização, uso e o tráfico ilícito de entorpecentes, e, como nunca visto antes, adotando um modelo alternativo para usuários, porém a entrada em vigor desta Lei foi acompanhada de vários artigos vetados, inclusive um capítulo inteiro que tratava sobre a cominação de crimes e penas. Por isso, a grande serventia da Lei antitóxicos.

Palavras chave: Usuário de drogas, Lei Antitóxicos, Nova Lei de drogas, Tráfico de drogas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1) ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE AS DROGAS	7
1.1) Drogas no Brasil.....	8
1.2) Das Leis 6.368/76 e 10.409/02	10
2) LEI ANTITÓXICOS OU NOVA LEI DE DROGAS – LEI 11.343/06	13
2.1) Normas penais em branco	15
2.2) SISNAD.....	16
3) USUÁRIOS DE DROGAS	20
3.1) Princípio da lesividade	24
3.2) Consumo pessoal	25
3.3) Princípio da insignificância.....	27
3.4) Das penas aos usuários de drogas.....	30
3.4.1) Advertência sobre os efeitos das drogas.....	31
3.4.2) Prestação de serviços a comunidade.....	32
3.4.3) Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo	32
3.5) Duração das medidas	33
3.6) Multas.....	34
4) TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	35
4.1) Parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06.....	39
4.1.1) Vedação da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.....	42
4.1.2) A possibilidade de combinação de leis penais para beneficiar o réu.....	44
4.1.3) Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a combinação de leis.	48
4.2) O caráter hediondo do crime de tráfico de drogas	49
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O assunto a ser tratado mostra-se ter bastante relevância nos dias atuais, isso porque o problema do consumo e do abuso de drogas afeta todas as classes da sociedade, se tornando problema de saúde pública. Diante disso, é necessário analisar a resposta do ordenamento jurídico brasileiro ao problema social exposto, especialmente, tendo sido criada, recentemente, uma Lei polêmica acerca do tema.

Toda substância natural ou sintética que, inserida no organismo modifica suas funções é considerada droga.

O aumento do número de dependentes físicos e psíquicos das drogas vem aumentando consideravelmente a cada ano, e faz com que países e organizações internacionais adotem medidas urgentes de caráter preventivo e repressivo, na tentativa de reduzir ao máximo o malefício causado por este problema. No Brasil, não está sendo diferente, o aumento do consumo dessas substâncias vem aumentando gradativamente, acompanhando o restante do mundo.

O seguinte trabalho terá caráter expositivo e mostrará a evolução histórica das drogas, inovações trazidas pela nova Lei, conseqüentemente, seus impactos junto à sua interpretação e, também, fará comparação entre as Leis antecessoras com a atual Lei. Uma das mudanças significativas da Nova Lei de drogas para com as antecessoras é o fato de não haver mais pena privativa de liberdade para o usuário, devendo este sofrer apenas medidas educativas. A intenção da Nova Lei é a despenalização do usuário e inseri-lo no âmbito da saúde pública.

O trabalho, também, se aprofundou no mundo do tráfico de drogas, já que este é um acontecimento social que surge de ações individuais e coletivas, com conseqüências para o contexto institucional e social em vários aspectos.

Nesse tema, o trabalho monográfico deu um enfoque especial ao tráfico de drogas privilegiado, exposto no artigo 33, § 4º.

A monografia encontra-se dividida em quatros capítulos.

O primeiro capítulo comentará os aspectos históricos das drogas, as evoluções deste malefício. Mostrará, também, como se chegou ao caos que se vive hoje em relação as drogas.

No segundo capítulo, será analisado a entrada em vigor da Lei antitóxicos, seus objetivos e formas de tratamento com usuários, dependentes e traficantes. Mostrará, também, o funcionamento do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD.

Já no capítulo seguinte, a monografia tem como objetivo expor sobre os usuários de drogas, as diferenças entres estes e os tóxicos-dependentes, será analisado o tratamento diferenciado trazido pela Nova Lei em relação às Leis anteriores, com uma visão na prevenção e reinserção social, considerando a ofensividade na aplicação de pena a usuários, e as “penas” cominadas no artigo 28 desta Lei.

Finalmente, no último capítulo, será abordado sobre o tráfico de drogas, mais precisamente, sobre o artigo 33 desta Lei, dando enfoque ao polêmico parágrafo 4º, deste artigo.

Com toda certeza, os problemas sociais que as drogas causam estão longe de serem solucionados, o trabalho à seguir irá expor os métodos e tratamentos impostos pela Lei, em cada caso específico. O presente trabalho terá a função de esmiuçar e exemplificar a Lei antitóxicos, se aprofundando e opinando em seus temas mais polêmicos.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE AS DROGAS

Por uma questão de sobrevivência, o homem, aos poucos, foi conhecendo as drogas e a sua utilidade, na área da saúde e do comércio, bem como os seus efeitos sobre o corpo.¹

A primeira grande droga que a população teve contato foi o álcool, posteriormente, o ópio, que vinha da derivação da papoula, cuja função, na época, era proporcionar calma, sonolência e bloqueio da dor. Com todas estas funções, o ópio acabou se tornando a grande droga dos povos primitivos, pois, além de causar um bem estar, era também muito usado com a finalidade de produzir tranquilidade aos gladiadores da época.

Depois, descobriram-se mais dois novos produtos derivados da papoula: a morfina e a heroína. Tendo a morfina a função de anestésico, enquanto a heroína produz uma sensação de força, potência, e excesso de energia. Tais drogas atingiram uma escala comercial e, posteriormente, foram consideradas ilegais, através de descobertas feitas que detectaram malefícios para o físico e a mente.²

Já a cocaína teve seus primeiros registros na civilização Inca, o uso da folha de coca era controlado pessoalmente pelo imperador. O maior privilégio que um Inca podia obter era conquistar o direito de mascar as folhas de coca, e os nobres costumavam ser sepultados com uma generosa provisão de folhas para abastecê-los no paraíso incaico. Mascadas, as folhas de coca produzem euforia e enorme capacidade de trabalho. Nos altiplanos da Cordilheira dos Andes, o costume de mascar coca persiste até hoje entre os habitantes, ajudando-os a enfrentar os problemas da altitude e os rigores do clima.³

A cocaína é, até hoje, muito encontrada na Bolívia e no Peru. Sintetizada em 1859, o seu comércio era feito através de laboratório. Ao usar a cocaína o indivíduo tem uma sensação de excitação e posteriormente uma sensação de

¹ BUCHER, Richard. **Drogas e drogadição no Brasil**. Porto Alegre, 1992, p.12.

² PROCÓPIO, Argemiro. **O Brasil no mundo das drogas**. Vozes, 1999, p.21

³ Disponível em: <http://oficina.cienciaviva.pt/~pw020/g/cocaina.htm>

sedação paralisante. Tal substância age sobre o sistema nervoso central, com isso, os seus efeitos se tornaram ameaçador para a vida da população, razão pela qual tornou-se proibida pela Convenção de Haia de 1912.⁴

A maconha também é uma droga muito antiga, tinha fim medicinal e, já no final do século XIX, a planta já era utilizada como psicotrópico por artistas e escritores, no entanto, ainda era considerada um medicamento, sendo usada por muitos laboratórios farmacêuticos. A partir dos anos 60, o consumo da maconha como entorpecente passou a ser feito de forma crescente, entre pessoas de todas as classes sociais. Se tornando atualmente, a droga ilícita mais consumida no mundo.

Na década de 1990, começaram a surgir as drogas sintéticas como as anfetaminas e o ecstasy, mudando o perfil do tráfico de drogas no mundo. Hoje, estas substâncias são consideradas as mais modernas e populares entre as classes médias e altas do mundo.

1.1 Drogas no Brasil

Até o começo do século 20, o Brasil não tinha qualquer controle estatal sobre as drogas que eram toleradas e usadas em prostíbulos frequentados por jovens das classes média e alta, filhos da oligarquia da República Velha. No início da década de 20, depois de ter se comprometido na reunião de Haia (1912) a fortalecer o controle sobre o uso de ópio e cocaína, o Brasil começou efetivamente um controle. Naquele momento, o vício até então limitado aos “rapazes finos” dentro dos prostíbulos passou a se espalhar nas ruas entre as classes sociais “perigosas”, ou seja, entre os pardos, negros, imigrantes e pobres, o que começou a incomodar o governo.⁵

Em 1921, surgiu a primeira lei restritiva na utilização do ópio, morfina, heroína, cocaína no Brasil, passível de punição para todo tipo de utilização que não

⁴ OLIVEIRA, José Augusto. **Os Tóxicos e você**. Brasília, 1987, p.96-97.

⁵ Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/trafico-de-drogas3.htm>.

seguisse recomendações médicas. A maconha foi proibida a partir de 1930 e, em 1933, ocorreram as primeiras prisões no país (no Rio de Janeiro), por uso da droga.⁶

O Código Penal Brasileiro de 1940, em seu artigo 281, estabelecia a proibição do uso e do tráfico de entorpecentes, confira-se:

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 ao consumo substância entorpecente. Pena: 1 a 5 anos de reclusão e multa de 2 a 10.000 cruzeiros.⁷

Como pode-se perceber, o artigo 281 do Código Penal, reunia em sua redação uma série de medidas, quando se verificava que o porte da droga se destinava a uso próprio, entendia a jurisprudência que não se aplicava o artigo 281 ao fato, privando de pena os usuários de entorpecentes. Acompanhando esta orientação, há acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia:

Entorpecentes Maconha – Compra – Venda Surpreendidos ambos os réus em flagrante, quando um vendia ao outro cigarros de maconha, caracteriza-se quanto ao primeiro, o delito de tráfico de entorpecentes, confirmando-se a sentença; quanto ao segundo, inexistindo prova de que os cigarros adquiridos não se destinassem ao próprio uso pessoal, o qual não constitui crime, dá-se provimento a apelação para absolve-lo. Apelação nº 2.664, da Capital em 25-11-65, Rel. Dês. Nicolau Calmon, in Ver. Bahia Forense, vol. 5º, p 310, 1967. 18 Maconha – Delito não provado – Apelação provida O crime previsto no art. 281, do Código Penal, refere-se ao tráfico de maconha, e não ao uso pessoal pelos viciados. Inexistindo prova nos autos da prática do aludido tráfico, e suscitando o auto de flagrante sérias dúvidas sobre a quantidade de maconha apreendida, e se realmente o réu a trazia consigo, dá-se provimento à apelação, para cassar a sentença condenatória. Ac. Unân. Da 1º Câmara. Crim. do TJBA, Apelação nº 2.818, da Capital em 24-06-68, rel. Dês. Aderbal Gonçalves, in Bahia Forense, vol. 6, p. 249, 68- 69. 19⁸

No período seguinte ao Código Penal, a atenção sobre a questão das drogas no Brasil passa para um segundo plano, assim permanecendo até os anos

⁶ DESCONHECIDO, disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/trafico-de-drogas3.htm>.

⁷ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Planalto, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 8 set. 2008.

⁸ VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 06

sessenta, tendo em vista um período de redemocratização que passava o país a encerrar a “Era Vargas”.⁹

Com o golpe de estado em 1964, a postura dos órgãos oficiais com relação às drogas lentamente toma outro caminho. Agora, – mais uma vez por força das pressões internacionais – surge um modelo de tratamento muito mais vigoroso, não significando, porém, que toda a linha de tratamento constituído pelo chamado modelo sanitário fosse abandonada por completo, porém, o que marca este novo período é o uso de métodos próximos aos usados nas guerras. Esse período é denominado por Nilo Batista como o “Modelo Bélico”.

Nilo Batista faz uma análise crítica sobre o que foi o modelo bélico no combate às drogas no trecho:

A reunião do elemento bélico e do elemento religioso-moral resulta na metáfora da guerra santa, da cruzada, que tem a vantagem – extremamente funcional para as agências policiais – de exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam todos os meios.¹⁰

1.2 Das Leis 6.368/76 e 10.409/02

Com a crescente deste delito e da complexidade do tratamento, a legislação brasileira se viu obrigada a criar uma Lei própria para o caso, surgindo assim a Lei 6.368/76, que tinha enfoque repreensivo. Continha 47 artigos.

A nova Lei, até então, recebeu a alcunha de Lei antitóxicos, tendo sido regulamentada pelo Decreto n. 78.992, de dezembro de 1976. A Lei trouxe, como características merecedora de destaque, a necessidade de participação de todos os seguimentos da sociedade na luta contra os tóxicos, inclusive com planos e programas de combate ao tráfico e ao uso de entorpecentes.¹¹

⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. n.º 20, 1997, p. 137.

¹⁰ Ibidem, p. 140.

¹¹ VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

Porém, a Lei 6.368/76 apresentava falhas, sendo omissa em algumas situações e, diversas vezes, de complexa interpretação. Por esse motivo, o Congresso Nacional discutia sempre sua atualização ou mesmo uma criação de uma nova lei.

De tanto se discutir, em 28 de fevereiro de 2002, entrava em vigor a nova Lei de tóxicos, a Lei 10.409/02, sancionada com diversos vetos.

Essa Lei foi considerada bastante confusa por conter variadas imperfeições terminológicas, expressões ambíguas e dispositivos conflitantes com leis vigentes. As críticas foram inevitáveis e inúmeras. Existiram, ainda, gravíssimas disposições que deram margens à discussões, como, por exemplo, se a parte processual havia entrado em vigor¹².

Rômulo de Andrade Moreira afirmou que a lei era extremamente confusa, tanto que permitia diferentes interpretações, além de conter erros de técnicas legislativas.¹³

O artigo 59 da Lei 10.409/02 revogava expressamente a Lei 6.368/76, pois se tratava de lei nova que deveria substituir a anterior em todos os seus termos. No entanto, esse artigo foi vetado, juntamente com inúmeros outros dispositivos, inclusive os que definiam as infrações relacionadas com o tráfico e uso de substâncias entorpecentes.¹⁴

¹² BRASIL. LEI N° 10.409, de 11 janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>.

¹³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei de Tóxicos: aspectos processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 825, n.93, p.443, jul 2004

¹⁴ LEAL, João José. Inaplicabilidade das normas processuais previstas na Lei 10.409/02: análise da jurisprudência sobre a matéria. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 52, n. 317, p. 89, mar. 2004.

Vale lembrar, que o Presidente da República à época vetou estes artigos, pois estes trazia consigo um apanhado de inconstitucionalidade e vícios técnicos que, não sobrou outra escolha, senão a vedação destes.

Entre os vícios presentes nessa legislação, relata-se os vetos presidenciais a inaplicabilidade de seu procedimento. Era previsto por exemplo, a realização de dois interrogatórios, sem mencionar o fim que se pretendia com isso. Havia previsão de suspensão do processo no caso de revelia com citação.¹⁵

Diante dos fatos, a Lei de Entorpecentes passou a ser a junção entre as duas Leis, no aspecto formal, a Lei 6.368/76 e no aspecto processual a Lei 10.409/02. Dessa junção, sucedeu vários absurdos, pois causava certo grau de conflito, até mesmo no que tangia a aplicação da Lei penal.

Com tamanha carência de uma falta de lei acerca do assunto, o ordenamento jurídico brasileiro se viu obrigado a criar, rapidamente, uma nova lei que pudesse englobar tanto o aspecto formal e processual quanto revogar as duas Leis em vigor no país.

E foi justamente o ocorrido, criando-se a Lei 11.343/06, a nova Lei antitóxica brasileira.

¹⁵ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 17.

2 LEI ANTITÓXICOS OU NOVA LEI DE DROGAS – LEI 11.343/06

O novo diploma legal foi publicado no dia 24 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006.

A nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) contém os seguintes objetivos:

- 1) introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário,
- 2) eliminar a pena de prisão ao usuário (ou seja, em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal),
- 3) aumentar o rigor contra o traficante e financiador do tráfico,
- 4) distinguir claramente o traficante “profissional” e o “ocasional”,
- 5) apreender, arrecadar, e quando o caso, leiloar os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.¹⁶

A Nova Lei de Drogas tem seus dispositivos organizados em seis títulos. Suas designações permitem extrair a compreensão inicial da estrutura da Lei, formada por dispositivos versando sobre as disposições preliminares (I), o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas (II), as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas (III), a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (IV), a cooperação internacional (V) e as disposições finais e transitórias (VI).¹⁷

Criou-se, com a mencionada Lei, o SISNAD (Sistema Nacional de Política Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com à prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.¹⁸

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 7.

¹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio . **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 7

Como pode-se perceber a nova Lei de drogas foi muito mais branda com o usuário do que as leis anteriores, na Lei 11.343/06, não se comina pena de prisão para o réu, pretende-se que este nem sequer passe pela polícia.

O usuário será enviado diretamente aos Juizados Criminais, salvo onde inexistem tais Juizados em regime de plantão. Não há que se falar, em inquérito policial para o usuário, sim em termo circunstanciado. Não é possível a prisão em flagrante: o agente surpreendido é capturado, mas não se lavra o auto de prisão em flagrante. A competência para aplicação de todas as medidas alternativas é dos Juizados Criminais. Na audiência preliminar, é possível a transação penal, aplicando-se as penas do artigo 28. Não se aceita a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Mas, no final, de modo algum será imposta pena de prisão, sim, somente as medidas alternativas do artigo 28. A distinção entre usuário e traficante continua tendo por base o caso concreto. Devem ser levados em conta a natureza da droga, sua quantidade, local e condições da prisão, modo de vida do agente, seus antecedentes, etc.¹⁹

Já em relação ao traficante, a nova Lei é muito mais severa do que as anteriores, a Lei segue a linha punitivista internacional: a pena mínima de três anos foi aumentada para cinco anos, proíbe-se, nesse caso, praticamente tudo: fiança, indulto, sursis, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas de direito de apelar em liberdade.²⁰

Apesar desse caráter punitivista, o novo diploma legal não deixou de contemplar uma sensível diminuição de pena para o traficante ocasional (primário de bons antecedentes, que não se dedica à atividade criminosa) e uma nova figura típica e privilegiada, nos termos do artigo 33, § 4º.²¹

No que diz respeito à parte procedimental, o usuário será processado e julgado pelos Juizados Criminais, enquanto o tráfico seguirá o procedimento clássico. Quanto a esse último, conta agora a autoridade policial com o prazo de

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem, p. 8

²¹ Ibidem.

trinta a noventa dias, para a conclusão do inquérito, conforme se trate de indiciado preso ou solto, respectivamente. Esses prazos podem ser duplicados pelo juiz. Oferecida denúncia, notifica-se o acusado para apresentar a defesa preliminar, que é de fundamental importância no caso de drogas, visto que, desde esse momento, já designa-se audiência de instrução, debates e julgamento. Trata-se de ato concentrado, destinado a encerrar o processo em primeiro grau. O juiz proferirá sentença na audiência ou no prazo de dez dias.²²

2.1 Normas penais em branco

Diferentemente das duas legislações anteriores, a nova lei passou a adotar o termo “droga” no lugar de “substância entorpecente”. Drogas, de acordo o conceito carreado pela nova lei, “[...] são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União (par. único do art. 1º da Lei 11.343/2006)”.²³

Isto é, mesmo que uma dada substância tenha capacidade de causar dependência, enquanto não estiver relacionada no rol da portaria da agência reguladora, esta não será considerada droga.

Se a substância não estiver relacionada em Portaria da secretaria de vigilância sanitária do ministério da saúde, ainda que seja tóxica, não existirá punição, de acordo com princípio da reserva legal, presente nos art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e art.1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.²⁴

Paulo Queiroz suscita a discussão, aduzindo que:

²² GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 8

²³ BRASIL. LEI N° 11.343, de 23 de agosto de 2006. Dispõe sobre a prevenção, o Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm .

²⁴ BONACCORSO, Norma - Mestre em Medicina Forense na FDUSP; Bacharel em Ciências Biológicas e em Direito pela USP. Perita Criminal dos Laboratórios de Toxicologia, em artigo no endereço: < <http://www.geocities.com/CapeCanaveral/Launchpad/2909/page32.html>>, Triênio 99/01 - Ano IV - N o 41

[...] que as leis penais em branco que remetem o complemento a norma inferior são inconstitucionais, por implicarem clara violação do princípio da reserva legal e da divisão de poderes.²⁵

Para Paulo Queiroz, além da violação do princípio da reserva legal, outro princípio é violado, o princípio da divisão dos poderes, isto porque, em seu entendimento, o poder Executivo, editando este tipo de norma, acaba por legislar em matéria de competência do Legislativo.²⁶

Paulo Queiroz deixa evidente que não quer dizer que as leis penais em branco sejam inconstitucionais. Aduz ser inconstitucional apenas a remissão à norma inferior que não ostente a posição de lei em sentido formal, assim como o preceito de norma que não contenha o núcleo essencial da proibição ou que sequer preveja a pena. A simples homologação da portaria pelo Poder Legislativo poderia resolver esta celeuma.

No mesmo pensamento de Queiroz, estão Rogério Grecco e André Copetto, no lado oposto, entendendo que o complemento por norma inferior é constitucional estão Guilherme de Souza Nucci e Luiz Régis Prado.²⁷

2.2 SISNAD

Conforme já exposto, a Nova Lei de Drogas criou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), em seu artigo 3º, a Nova Lei esclarece que esse sistema tem dupla finalidade: de uma parte, a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes; de outra, a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.²⁸

²⁵ QUEIROZ, Paulo. **Leis penais em branco e princípio da reserva legal**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/leis-penais-em-branco-e-principio-da-reserva-legal/>>.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 29

O novo SISNAD veio a substituir os anteriores Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização, originalmente previsto na Lei 6.368/76, pela Medida Provisória nº. 2.225-45/2001. Considerando-se que a Nova Lei veio a implantar uma nova linha de atuação estatal sobre a questão das drogas, de fato se fazia necessário romper com os sistemas até então vigentes, que não eram fulcrados na distinção entre traficante e usuário. O novo sistema, no entanto, manteve a mesma sigla que já era atribuída ao Sistema Nacional Antidrogas.²⁹

O SISNAD não é um órgão, mas sim um sistema composto de vários órgãos. A finalidade do sistema é a articulação, integração, organização e coordenação de todas as atividades relacionadas à prevenção do uso, à atenção e à reinserção social de usuários e à repressão da produção e do tráfico de drogas. Dentro desse sistema, diversos órgãos atuarão em conjunto, cada qual com funções exclusivas e outras concorrentes.³⁰

Integram o SISNAD:

- 1) o Conselho Nacional Antidrogas – Conad
- 2) a Secretaria Nacional Antidrogas – Senad
- 3) o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam as atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º, do Poder Executivo Federal e, mediante ajustes específicos, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; e
- 4) as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuem nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e que atendam a usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.³¹

O artigo 4º, da Lei 11.343 enumera os princípios do SISNAD:

²⁹ Ibidem, p. 30.

³⁰ Ibidem.

³¹ Artigo 2º, do Decreto 5.912 de 2006.

Art. 4º São princípios do Sisnad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É válido ressaltar, que os 11 (onze) princípios elencados são de fundamental importância para a realização das políticas de drogas.

Já no artigo 5º da mesma Lei, são citados os objetivos do SISNAD, que são:

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

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

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

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

3 USUÁRIOS DE DROGAS

Primeiramente, é necessário distinguir a diferença entre o usuário e o dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Além disso, em regra, o usuário de droga raramente se transforma em um dependente. Ser usuário de drogas não significa ser tóxico-dependente. A distinção é de suma importância para o efeito de se descobrir qual pena alternativa será mais ajeitada em cada caso concreto.

Para fins penais, entende-se por usuário de drogas quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida. O usuário não se confunde, de modo algum, com traficante, financiador do tráfico, etc. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz analisará a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.³²

O usuário de drogas pode ser classificado em quatro grupos:

- 1) Experimentadores: são aqueles indivíduos que experimentam a droga por motivos de curiosidade, o uso é eventual, fortuito sem terem uma relação de dependência com a substância.
- 2) Recreativos: Estes vinculam a droga para obtenção de uma sensação como prazer, geralmente utilizam em uma dada circunstância social para recreação ou lazer.
- 3) Habituais: São aqueles que usam habitualmente as drogas, no entanto sem gerar comprometimento a sua autodeterminação psicológica.
- 4) Dependentes: podendo ser denominados de toxicomaniaco, neste caso o indivíduo perde o senso de autodeterminação pelo uso

³² GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147

compulsivo e nocivo de uma droga, seja ela sintética ou natural, prejudicando sua saúde mental e física.³³

A postura da legislação brasileira, tradicionalmente, sempre foi de tratar o usuário como um criminoso.

De acordo com a Lei 6.368/76, o usuário de droga era reputado criminoso, punido com a pena de detenção de seis meses a dois anos, mais multa.

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.

Geralmente, o usuário era preso em flagrante e preso continuava até que fosse pago fiança ou fosse liberado pelo juiz. Instaurava-se inquérito policial e o Ministério Público oferecia denúncia, e normalmente concedia-se ao acusado a suspensão condicional do processo.

Com a nova Lei de Drogas, parte-se da absoluta impossibilidade da pena de prisão para o usuário e pretende-se que o assunto nem sequer passe pela polícia.³⁴

O usuário será enviado diretamente aos Juizados Criminais, salvo onde inexitem tais Juizados de plantão. Não há em que se falar em inquérito policial e sim em circunstanciado. Não é possível a prisão em flagrante. A competência para a aplicação de todas as medidas alternativas é dos Juizados Criminais. Na audiência preliminar é possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do artigo 28. Não aceita a transação penal, segue-se o rito

³³ MELO, Daiane Vieira de. **A despenalização dos usuários de substâncias entorpecentes**. Presidente Prudente, 2004. 92 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 149

sumaríssimo da Lei 9.099/95. Mas, em hipótese alguma, será imposta pena de prisão, somente as medidas alternativas do artigo 28.³⁵

O artigo 28 da Lei 11.343/06, aduz:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

³⁵ Ibidem.

Diante desse artigo, chega-se à conclusão que para configurar proteção no âmbito penal, é necessária a ocorrência de um resultado jurídico que lese o bem jurídico alheio, não havendo a criminalização de atos que representem apenas má disposição de interesse próprio, como é o caso de uso de drogas.³⁶

O artigo em tela abalou o ordenamento jurídico penal no que fere a sua natureza jurídica, pois de acordo com o art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal:

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.

Dessa forma, gerava uma dissonância com as penas descritas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que não enquadrava nas penas dos “crimes” e nem das “contravenções”. Assim alguns doutrinadores deslumbrados pela questão fizeram teorias para explicar este fato.³⁷

Dentre todas as teorias apresentadas, podemos citar em 3 (três) correntes:

- 1) Uma que declarava que o artigo 28 ainda pertenceria ao Código Penal, considerando “crime” ainda, para a visão deles houve uma despenalização, mas não um *abolitio criminis*.
- 2) Outra declarava que o artigo 28 constituiria uma infração penal *sui generis*, não pertencente ao direito penal clássico (pois as penas cominadas neste artigo num diz respeito a nenhuma daquelas descritas no art.1º da lei de introdução ao Código Penal) nem ao direito administrativo (pelo fato das penas cominadas devem ser aplicadas por um juiz e não por uma autoridade administrativa), sendo um novo ramo

³⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

³⁷ MELO, Daiane Vieira de. **A despenalização dos usuários de substâncias entorpecentes**. Presidente Prudente, 2004. 92 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004

do direito, denominado por Luiz Flávio Gomes de judicial sancionador.³⁸

3) E outra que prega ter havido *abolitio criminis* em relação ao usuário de drogas, ocorrendo uma descriminalização substancial do tipo.³⁹

Segundo a doutrina majoritária e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não houve uma descriminalização e sim despenalização, sendo ainda considerado crime quem possuir drogas para consumo próprio.

Destarte o STF já tenha se pronunciado a respeito do assunto e grande parte da doutrina ter acolhido esse entendimento, a corrente defendida pela nossa Suprema Corte ainda sofre severas críticas. A principal crítica é se admitido que o usuário de drogas constitua “crime”, as consequências do eventual descumprimento das penas são muito ínfimas, podendo diagnosticar um efetivo Direito Penal simbólico.⁴⁰

Acertada a decisão do Supremo ao manter a natureza jurídica de crime, pois se entendesse de outra forma, com certeza a banalização desse crime seria imensa, não haveria mais repreensão ao usuário de drogas e, conseqüentemente, o tráfico de drogas iria aumentar, pois é através do usuário que o tráfico se mantém, e através do tráfico que vários outros crimes acontecem.

3.1 Princípio da Lesividade

O Princípio da Lesividade, exposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXIX; e também, no Código Penal, em seu artigo 13, *caput*, aduz que somente a conduta que ingressar na esfera de interesses de outra pessoa deverá ser criminalizada. Não haverá punição enquanto os efeitos permanecerem na esfera de interesses da própria pessoa.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

³⁹ HIRAI, Douglas Yoshio disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2371/1798>.

⁴⁰ HIRAI, Douglas Yoshio disponível em; <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2371/1798>

De acordo com Paulo Queiroz, para a configuração do delito, é necessária produção de um resultado lesivo ou, ao menos, a potencialidade concreta de sua ocorrência - *nulla lex sine iniuria* - ou seja, o Princípio da Ofensividade ou da Lesividade.⁴¹

Dessa forma, o fato só poderá ser considerado típico quando o bem jurídico venha a ser realmente afetado por uma lesão ou pelo perigo desta.

De acordo com Kazmierczak, pelo Princípio da Ofensividade, a sanção penal se legitima quando a conduta exteriorizada causa uma grave e intolerável ofensa ao bem jurídico contemplado pela norma.⁴²

O princípio da lesividade tem como principal objetivo a proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, bem como a proibição da incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.⁴³

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sinalizaram que, no atual Direito Penal, não há lugar para infrações de perigo abstrato.⁴⁴

3.2 Consumo pessoal

Conforme *caput* do artigo 28 da Lei 11.343/06, será submetido apenas quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

⁴¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴² KAZMIERCZAK, Luís F. **Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi**: enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 88.

⁴³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso **Habeas Corpus n. 90197/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 09/06/2009.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 95604/PB**. Relator(a) Ministro Jorge Mussi. Julgamento em: 15/04/2010

O legislador é bem claro ao aduzir, que para ser enquadrado como usuário, a droga, necessariamente, tem que ser para consumo do próprio agente.

Assim, o aplicador da norma deverá observar, tendo em vista os elementos de prova existentes, se a droga destinava-se a consumo pessoal ou não.

Caso o aplicador da norma não entender que a quantidade de drogas apreendida não era para consumo pessoal, o agente infrator será enquadrado como traficante de drogas, nos termos do artigo 33 da Lei.

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente é usuário ou traficante:

- 1) 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),
- 2) sistema de reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico).⁴⁵

Vale ressaltar, que a última palavra é sempre a judicial, de qualquer forma, é adequado que a autoridade policial deve fazer a diferença entre o usuário e o traficante.

É da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério. Cabe ao juiz reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para tráfico.

Para isso, a Lei estabeleceu uma série enorme de critérios. Logo, não se trata de uma opinião do juiz ou de uma apreciação subjetiva. Os dados são objetivos.⁴⁶

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 161

⁴⁶ *Ibidem*.

Em momento algum, a Lei determina alguma quantidade específica, ou seja, uma quantidade numericamente determinada, para que se tenha a configuração da quantidade de drogas apreendida para o “consumo pessoal”.

Pode-se concluir, portanto, que para definição pelo juiz de que a droga se destinava ao consumo pessoal, o mesmo deverá analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, dentre outros critérios.⁴⁷

Nos Tribunais, a questão da quantidade apreendida de droga tem sido relevante para discussão da dosimetria da pena. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm precedentes no sentido de que a grande quantidade de substância entorpecente apreendida justifica o aumento da pena acima do mínimo legal.⁴⁸

Ainda não há uma jurisprudência firme no sentido de identificar a quantidade exata que caracterizaria o consumo pessoal. Cabe ressaltar, ademais, que a quantidade de droga apreendida não é o único critério estabelecido pela lei que servirá para determinar se a droga era destinada ao consumo pessoal.⁴⁹

Entre os outros critérios, é importante saber: se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína, etc) ou leve (maconha); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente, etc.); a profissão do sujeito, antecedentes, etc.⁵⁰

3.3 Princípio da insignificância.

Segundo Rogério Grecco, o princípio da insignificância tem a finalidade de afastar do, âmbito do Direito Penal, aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos na figura típica, mas que dada à sua pouca ou nenhuma

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo>.

⁴⁸ *ibidem*

⁴⁹ *ibidem*

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 162.

importância, não podem merecer atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico.⁵¹

Para Assis Toledo, “segundo o princípio da insignificância, o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico; não deve ocupar-se de bagatelas.”⁵²

Há duas modalidades de infração bagatelar própria: a primeira reside na insignificância da conduta (desaparece nesse caso o juízo de desaprovação da conduta); a segunda na do resultado (não há que se falar em resultado jurídico desvalioso).⁵³

Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou "para-penal"). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante.⁵⁴

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se trata da insignificância da conduta ou do resultado).⁵⁵

Algumas decisões de Juizados Especiais Criminais do TJDF e do TJRS não têm julgado pela aplicabilidade do princípio da insignificância. Neste sentido:

Penal e processual penal. Posse de entorpecente. Acusado não beneficiado com transação penal ou com "sursis" processual. Pequena quantidade de maconha. Invocação do princípio da insignificância.

⁵¹ GRECCO, Rogério. CP comentado. Niterói impetus 2008. p. 06

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do DP. 5 ed. São Paulo: Saraiva, p.133.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/8867/drogas-e-principio-da-insignificancia>.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8867/drogas-e-principio-da-insignificancia>

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8867/drogas-e-principio-da-insignificancia>

Incabimento, devido ao risco potencial do delito para a sociedade, dado que o usuário alimenta o comércio da droga e permite a continuidade da atividade do tráfico. A posse ou o porte para uso próprio caracteriza crime de perigo abstrato. Reprimenda fixada, todavia, substituída pela pena de prestação de serviços à comunidade, em razão da vigência da lei 11.343/2006. Recurso parcialmente provido.⁵⁶

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28, DA LEI 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao caso *sub judice* para descriminalizar a norma penal tipificadora, pois a lei no 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de portar substância entorpecente para uso próprio, mas apenas cominou novas modalidades de sanção para o tipo penal previsto no artigo 28 da mesma lei e a quantidade apreendida não se afigura insignificante.

Tendo o réu sido assistido pela Defensoria Pública, caso em que a pobreza é presumida, incabível sua condenação em custas processuais. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.⁵⁷

Porém, são numerosas as decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o princípio da insignificância:

"Entorpecente. Quantidade ínfima. Atipicidade. O crime, além da conduta, reclama um resultado no sentido de causar dano ou perigo ao bem jurídico (...); a quantidade ínfima informada na denúncia não projeta o perigo reclamado".⁵⁸ Sempre "é importante demonstrar-se que a substância tinha a possibilidade para afetar ao bem jurídico tutelado".⁵⁹ A pena deve ser "necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Quando a conduta não seja reprovável, sempre e quando a pena não seja necessária, o juiz pode deixar de aplicar dita pena. O Direito penal moderno não é um puro raciocínio de lógica formal. É necessário considerar o sentido humanístico da norma jurídica. Toda lei tem um sentido teleológico. A pena conta com utilidade".⁶⁰

"Trancamento de ação penal, crime, porte de entorpecente, maconha, pequena quantidade, inexistência, dano, perigo, saúde pública, aplicação, princípio da insignificância. (voto vencido) (min. Paulo Gallotti) descabimento, trancamento de ação penal, crime, porte de entorpecente,

⁵⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Criminal no Juizado Especial. APJ 2003 01 1 118621-4. Apelante: Roberto Soares Benevides. Apelado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: José Guilherme de Souza. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007. TJDF, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/268269/269663.doc>>

⁵⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DE SUL. Apelação Crime n. 71001743962. Recorrente: Delmar Canabarro. Recorrido: Ministério Público. Relator: Ângela Maria Silveira, Porto Alegre, RS, 25 de agosto de 2008. TJRS, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1169668&ano=2008>.

⁵⁸ Cf. decisão de 18.12.1997, relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 06.04.1998, p. 175. Sobre o princípio da insignificância e ínfima quantidade de entorpecentes cf: MENDES, Carlos Alberto Pires, O princípio da insignificância e a ínfima quantidade de entorpecente, *Justicia & Poder* n. 3, 1998, p. 65. Veja também FRANCO, Alberto Silva *et alii*, *Leis penais especiais e a sua interpretação jurisprudencial*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1096 e ss.

⁵⁹ Cf. decisão de 30.03.1998, relator ANSELMO SANTIAGO, DJU de 01.06.1998, p. 191.

⁶⁰ Cf. decisão de 21.04.1998, relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 17.08.1998, p. 96.

maconha, uso próprio, hipótese, consumo, praça pública, irrelevância, pequena quantidade, caracterização, tipo penal, perigo abstrato, violação, saúde pública." (STJ, HC 21672-RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar).

"Penal. Entorpecentes. Princípio da insignificância. - sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância - habeas corpus concedido. (STJ, HC 17956-SP, rel. Min. Vicente Leal).

No mesmo sentido, entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A Suprema Corte já reconheceu o princípio da insignificância nessa área.⁶¹ De qualquer modo, é certo que sua clássica posição em matéria de drogas é negativa: "Direito penal e processual penal. Posse ilegal de substância entorpecente (art. 12 da lei nº 6.368/76): pequena quantidade. princípio da insignificância ou crime de bagatela. alegação de falta de justa causa para a ação penal (atipicidade material da conduta). "Habeas corpus". 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes. 2. Não evidenciada a falta de justa causa para a ação penal, o "H.C." é indeferido (STF, HC 81641-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04-04-2003, p.51).

Melhor entendimento, certamente, é o do TJDFT e do TJRS, não admitindo o princípio da insignificância devido ao risco potencial do delito para a sociedade, dado que o usuário alimenta o comércio de drogas e, conseqüentemente, possibilita a continuidade do crime de tráfico.

3.4 Das penas aos usuários de drogas

Como já exposto anteriormente, ao usuário de drogas não se comina pena de prisão, pretende-se que este nem sequer passe pela polícia.

No *caput* do artigo 28, a Lei estabelece três penas alternativas: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviço à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo.

⁶¹ Cf. decisão no HC 77.003-PE, relator MARCO AURÉLIO, *Boletim IBCCrim* n. 72/Jurisprudência, 1998, p. 301.

3.4.1 Advertência sobre os efeitos das drogas

A pena de advertências sobre os efeitos da droga é inovação em nosso ordenamento jurídico e, apesar da omissão legislativa, consiste em o magistrado esclarecer ao agente as consequências maléficas das drogas em relação à saúde particular e também à saúde pública. Para tanto, o juiz deve designar uma audiência admonitória, intimando o agente a comparecer. Nada impede que o magistrado determine que compareçam à audiência profissionais que possam auxiliá-lo a esclarecer as consequências do uso das drogas, tais como psicólogos, médicos, assistentes sociais, entre outros.⁶²

Segundo Guilherme de Souza Nucci, caso o agente não compareça à audiência designada, deve o magistrado substituir a pena de advertência por outra, nos termos do disposto no artigo 27 da Lei.⁶³

Porém, não obstante a Constituição Federal autorize, em seu artigo 5º, XLVI, o legislador a criar penas diversas da privativa de liberdade, a advertência não pode se enquadrar no conceito de pena. Realmente, ela possui dupla finalidade, repressiva e preventiva. Pela primeira, a pena deve caracterizar uma restrição a algum bem jurídico do condenado, de caráter aflitivo, como retribuição pelo fato delituoso praticado. Pela segunda, a pena deve visar à reeducação do agente, de modo a dissuadi-lo a voltar a delinquir e incentivando-o a afastar-se da seara criminosa, bem como servir de desestímulo à prática delitiva pelos demais indivíduos da sociedade.⁶⁴

Nesse sentido, impossível reconhecer a advertência sobre o efeito das drogas como uma pena, e sim como uma medida alternativa.

⁶² MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 57.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais comentadas*, p.761

⁶⁴ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 57.

3.4.2 Prestação de serviços a comunidade

Para Luiz Flávio Gomes, a prestação de serviços à comunidade no direito repressivo brasileiro, ora é condição necessária de algum instituto (*sursis*), ora é pena substitutiva (CP, art. 46), ora é condição da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).⁶⁵

A prestação de serviços à comunidade terá duração máxima de cinco meses, ou dez, se tratando de reincidência. 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.⁶⁶

Sendo assim, a medida deverá ser totalmente compatível conforme as aptidões físicas do condenado, conforme artigo 46, parágrafo 3º, do Código Penal Brasileiro. Essa atividade jamais poderá gerar vínculo trabalhista, devendo ser feita gratuitamente pelo condenado. Ademais, a atividade não poderá ofender à dignidade da pessoa humana.

3.4.3 Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

Por essa pena, o condenado deverá comparecer perante programa educativo predeterminado pelo juízo, para que, durante algum lapso de tempo, seja orientado por profissionais das mais diversas áreas.⁶⁷

Nota-se que diferentemente da “pena” de advertência, nesse caso, o condenado tem a obrigação de comparecer em programa ou curso educativo predeterminado.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 165.

⁶⁶ JESUS, Damásio, Lei antidrogas comentada, 10 ed. Saraiva. 2010

⁶⁷ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 59.

3.5 Duração das medidas

A “pena” de advertência não possui prazo, pois é instantânea e se esvai na sua própria aplicação. Por sua vez, a pena de prestação de serviços à comunidade e a de comparecimento a programa educativo possuem prazo de até cinco meses, em caso de réu primário, ou de até dez meses, em caso de reincidência.⁶⁸

Vale ressaltar, que a nova Lei, não estabeleceu uma pena fixa, fica a cargo do juiz estabelecer uma pena de no máximo cinco meses para o réu primário e dez meses se tratando de reincidente. Não fixou o legislador, portanto, qualquer sanção mínima.

Caso o agente tenha outra condenação precedente (por roubo, homicídio, evasão de divisas, gestão temerária de empresa, etc.) e vem a praticar o fato descrito no artigo 28, em nada será prejudicado em virtude dessa condenação anterior. O fato de ter condenação por outro crime não impede a aplicação das penas do artigo 28.⁶⁹

O agente somente será reincidente, se este for reincidente específico no artigo 28 (posse de droga para consumo pessoal).

É válido lembrar, consoante artigo 64 do Código Penal Brasileiro, que a reincidência só poderá ocorrer quando o réu praticar o novo fato dentro do prazo de cinco anos contados do cumprimento ou da extinção da pena anterior.

Caso já tenha se passado o prazo de cinco anos, não há motivo de se falar em reincidência, logo a pena do condenado não poderá passar de cinco meses.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 163.

3.6 Multas

O artigo 29 da Lei 11.343/2006, aduz que:

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

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

Como se pode perceber, o legislador estabeleceu que a multa deve ter o seu valor fixado em dias-multas e ele próprio se encarregou de estipular a quantidade de dias e os valores mínimos e máximos a serem observados pelo juiz⁷⁰. A destinação do dinheiro deverá ser creditado ao Fundo Nacional Antidrogas.

Em primeiro lugar, o agente aceita uma medida alternativa (do artigo 28). Após o seu descumprimento, o juiz faz-lhe uma advertência. Caso persista o descumprimento, vem a multa. O juiz deve levar em consideração exatamente o grau desse descumprimento. Quanto maior for o afastamento do agente do seu compromisso com a Justiça, maior deve ser o número de dias-multa.⁷¹

Conforme o artigo em tela, os dias-multa serão de no mínimo 40 dias e no máximo de 100 dias.

O critério que deverá ser observado pelo juiz, na fixação do valor da multa, é a situação econômica do agente, quanto mais rico for o agente, mais perto o valor se aproxima do máximo, e quanto mais hipossuficiente for o agente, mais perto do mínimo se aproxima a multa.

Os patamares legais são: pena mínima de um trinta avos do salário vigente no Brasil e pena máxima de três vezes o valor do salário mínimo vigente. Hoje, por exemplo, o salário mínimo é de R\$ 545,00, isto é, nos dias atuais, a pena mínima seria de R\$ 18,16 por dia e a pena máxima seria de R\$ 1.635,00 por dia.

⁷⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo, Comentários a Lei antidrogas, pós-reforma do CPP. Lumem Juris. 2008.

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.170.

4 TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Em relação ao artigo 33 da nova Lei de Tóxicos, não houve alterações à tipificação legal. Continuaram os mesmos 18 verbos – núcleos do tipo do artigo 12 da antiga Lei 6.368/1976, apenas se alterando a redação do dispositivo. A maior inovação foi no aumento da pena, seja privativa de liberdade, seja pecuniária.⁷²

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

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

Para Salo de Carvalho, todos esses 18 verbos dão margem à punições injustas, uma vez que há diferenças significativas entre às ações tipificadas e à lesão ao bem jurídico tutelado - saúde pública.⁷³

O artigo 12 da Lei revogada, aduzia que:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Nota-se que realmente houve mudança nas penas, passando-se de 3 (três) para 5 (cinco) anos, enquanto a pena pecuniária foi aumentada de 50 a 360 dias multas para 500 a 1.500 dias multas.

⁷² MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p.89.

⁷³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.189.

Segundo Andrey de Mendonça e Paulo Roberto de Carvalho, o legislador obteve essa medida, tendo em vista que a precípua finalidade do traficante é o lucro, e por isso entendeu por bem aumentar a sanção pecuniária para desestimular a prática delitiva.⁷⁴

Perceba-se portanto, que a intenção do legislador foi abranger todas as hipóteses de conduta que envolva o consumo, a produção, o comércio e a distribuição de drogas, independentemente da quantidade e função do agente no delito.

É de se perceber, também, que o legislador da nova Lei, diferentemente da Lei antiga, não usou o termo substância *entorpecente*, porém, preferiu usar o termo *droga*, assim definida com toda substância definida na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998.

Para não haver dúvidas em relação a cada verbo exposto no artigo 33 da Lei nova, Andrey de Mendonça e Paulo Roberto de Carvalho esmiuçaram o significado de cada verbo citado:

Para eles, *importar*, significa introduzir a droga no território nacional, enquanto *exportar* significa a via inversa de fazer a droga sair dos limites espaciais do território brasileiro. *Remeter* significa enviar, destinar, por qualquer meio e se consuma com a mera remessa, independentemente de ter chegado aos destinatários. *Preparar, produzir e fabricar* possuem sentidos semelhantes, mas o que diferencia as condutas é que, enquanto no *preparar* há composição ou decomposição química de substâncias, o verbo *produzir* exige maior atividade criativa, como atividade extrativa. Por fim, *fabricar* traduz a utilização de meios mecânicos e industriais na criação da droga. *Adquirir* é obter, gratuita ou onerosamente, e se consuma com o ajuste, ou seja, no instante em que há o acordo de vontades sobre o objeto e o preço, independentemente da entrega efetiva. *Vender* significa alienar. *Expor à venda* consiste em deixar à mostra para venda. *Oferecer* significa ofertar, colocar à disposição de terceiro para sua

⁷⁴ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 89.

aceitação. *Ter em depósito* significa, principalmente à luz dos comentários feitos ao artigo 28, a retenção provisória e a possibilidade de deslocamento rápido da droga de um lugar para o outro, enquanto *guardar* se conceituaria como a mera ocultação da droga. *Transportar*, por sua vez, significa a conduta de levar de um local a outro por intermédio de algum meio de locomoção que não o pessoal, pois nesse caso configurar-se-ia o *trazer consigo*. O verbo *trazer consigo* se configura quando o agente traz a droga junto ao corpo ou em seu interior (dentro da cavidade abdominal por exemplo). *Prescrever* significa receitar, enquanto *ministrar* significa inocular, introduzir no corpo de alguém. *Entregar a consumo ou fornecer drogas*, ainda que gratuitamente, são as normas de encerramento que visam abarcar as condutas não enquadráveis nos demais núcleos. *Entregar a consumo e fornecer* trazem a idéia de tradição da droga, de dar a droga a terceiro. A distinção entre *entregar e fornecer* é a continuidade, pois enquanto *entregar* se aproxima mais de tradição única, esporádica, o fornecimento se liga à idéia de continuidade no tempo, de tradição contínua durante determinado lapso temporal.⁷⁵

É de se verificar também que o legislador não usou o verbo “traficar”, como havia feito na Lei 10.409/2002. Diga-se de passagem, uma escolha acertada, pois se a nova Lei obtivesse esse verbo, apenas ele seria considerado equiparado ao crime hediondo, em prejuízo de todos os demais.

O § 2º do artigo 33, aduz que:

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

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

Nota-se que o legislador inseriu na Lei Antidrogas uma figura secundária entre o usuário e o traficante. Na Lei 6.368/76, o agente que cometesse o que está escrito na redação deste parágrafo seria enquadrado na mesma pena de um

⁷⁵ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 90.

traficante normal, ou seja, na época, reclusão de três a quinze anos e mais pagamento de 15 a 360 dias multa.

Porém, o legislador da Nova Lei percebeu que, com a Lei passada, criavam-se situações injustas, como, por exemplo, um usuário instigando seu amigo a usar drogas responderia como se traficante fosse. Agora, todavia, no outro lado da moeda, temos penas brandas para aqueles traficantes que induz e instiga pessoas a consumir drogas, com a intenção de futuramente estas virarem clientes do tráfico.

Como adverte Guilherme de Souza Nucci, não se conseguiu alcançar um meio termo entre as situações.⁷⁶

Já, o parágrafo terceiro, do mesmo artigo em tela, diz que:

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

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

Para Bianchini, a doutrina aponta, com base no § 3º, do art. 33, uma diferença entre o “traficante profissional” e o “traficante ocasional”, vendo aí uma solução para a antiga controvérsia sobre se essa modalidade de oferta ou repasse de droga constituiria ou não tráfico.⁷⁷

Conforme lei vigente, se a entrega é eventual, feita a alguém do relacionamento, da intimidade do agente e sem fim de lucro, “para uso comum”, não é o caso de traficância profissional, justificando-se a diminuição da pena.

Todavia, para ser caracterizado na figura típica do § 3º, devem estar, respectivamente, presentes quatro especializantes, do contrário a conduta do agente estará de acordo com o *caput* do artigo 33.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais comentadas*, p.780

⁷⁷ BIANCHINI, Alice et al. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23/8/06*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes, SP: RT, 2008

Andrey de Mendonça e Paulo Roberto de Carvalho, especificaram com louvor os quatro elementos especializantes, vejamos:

- 1) *Eventualidade*: a cessão da droga deve ter ocorrido eventualmente, ou seja, sem qualquer caráter habitual. Esta eventualidade deve ser analisada sob a perspectiva do sujeito ativo e não do passivo. Assim se o agente ofereceu droga para outras pessoas ou em outras situações, estará caracterizada a habitualidade. Portanto, não se poderá falar em eventualidade se, embora seja a primeira vez que ofertou para aquela vítima, já o tenha feito para outras pessoas.
- 2) *Sem objetivo de lucro*: não pode, também, restar caracterizado qualquer objetivo de lucro, seja direto ou indireto. O que se quis foi evitar a cessão da droga com caráter de mercancia. Por isto, se o agente cedeu a droga não por mera liberalidade, mas, por exemplo, para quitar anterior dívida que possuía com a pessoa a quem cedeu a droga, não estará caracterizado o tipo penal em testilha, mas sim o caput do artigo 33.
- 3) *Pessoa do relacionamento*: a cessão deve ser para a pessoa do relacionamento do agente, ou seja, alguma pessoa próxima, pressupondo necessariamente um anterior vínculo de amizade, ainda que não seja íntima ou familiar. Não estará caracterizada a hipótese, portanto, se o agente cedeu a droga para pessoa que acaba de conhecer em uma festa ou para um cliente.
- 4) *Para o fim de consumo conjunto*: urge que o consumo seja conjunto entre o agente do crime e a pessoa de seu relacionamento. Não é necessário o efetivo uso, bastando a comprovação de que a droga se destinava a tal fim.⁷⁸

4.1 Parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06

Sem sombra de dúvidas, esta é a parte mais complexa e polêmica de toda Lei, há uma relevante dúvida na doutrina, e, conseqüentemente, nos tribunais. Ao analisar os casos concretos quanto à forma de aplicação de causa de diminuição prevista neste parágrafo ao fato criminoso anteriormente normatizado pelo artigo 12 da Lei 6.368/76. Em ambos os sentidos, têm sido as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: a possibilidade do desmembramento das duas normas, combinando-as apenas nas partes que mais beneficiam o réu ou a impossibilidade da combinação, devendo ser aplicado, no caso concreto a norma que seja mais beneficente no seu conjunto.

O parágrafo 4º, do artigo 33, ressalta que:

⁷⁸ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 108.

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

Para os Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho⁷⁹, esse parágrafo é uma inovação da Nova Lei de Drogas. Ao mesmo tempo que a Lei aumentou a pena base do delito previsto no artigo 33, *caput*, e § 1º – que antes era de três anos e agora passou a ser de cinco anos - previu uma causa de diminuição de pena para esses crimes, visando beneficiar aquele traficante que preencher os requisitos estipulados. Realmente, como aumentou a pena base do delito, poderia ser fonte de iniquidades aplicar a todo traficante no mínimo a pena de cinco anos de reclusão, principalmente para o traficante eventual. Assim visando evitar uma padronização severa e com intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante, surgiu a nova causa de diminuição de pena.

A intenção da Nova Lei com essa causa de diminuição de pena é dar concretude aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena na medida em que, embora a nova Lei tenha sido severa com os traficantes em relação a Lei anterior, esse parágrafo buscou amenizar a conduta daquele que não está incluído no mundo do crime e que, portanto, não merece uma sanção tão rigorosa quanto às previstas para o traficante “profissional”.⁸⁰

Na verdade, com a diminuição de pena, a pena variará de um ano e oito meses a dez anos, isso porque a pena mínima cominada poderá ser reduzida do máximo e a pena máxima do mínimo.⁸¹

Para que o acusado possa fazer jus à diminuição, este deverá ser agente primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organizações criminosas.

⁷⁹ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 111.

⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 96.242/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 09/06/2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4276899/habeas-corpus-hc-96242-sp-stf>

⁸¹ MESQUITA, Sídio Rosa. *Comentários a Lei antidrogas* São Paulo: Atlas 2007, p 73

Em visão ao princípio da presunção de inocência, o réu não precisa comprovar que é primário e de bons antecedentes e, principalmente, que não se dedica e nem se integra às atividades criminosas, devendo tal ônus recair sobre o Ministério Público, neste sentido entendem Vicente Greco Filho, João Daniel Rossi, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho.

Para o acusado ser beneficiado com a diminuição da pena prevista no parágrafo em tela, ele deverá, obrigatoriamente, preencher todos os quatros requisitos elencados acima. Ou se preenche todos os requisitos ou não se preenche nenhum.

O anseio de aplicar a causa de diminuição em relação ao crime cometido sob a vigência da Lei 6.368/76, é o pretexto de se aplicar o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. No entanto, não seria tão fácil assim, pois isso constituiria atuação imprópria do julgador, ainda que, com tal procedimento, este estaria criando uma nova lei, que além de não escrita, é não pretendida.

Segundo Damásio de Jesus, a Nova Lei pode ser aplicada retroativamente aos agentes enquadrados na hipótese ali descrita, desde que, no caso concreto, resulte em situação mais favorável ao réu.⁸²

Exemplo do que Damásio de Jesus expôs seria um pequeno traficante, enquadrado nas penas do artigo 12, da Lei 6.368/76, que tenha recebido a pena mínima possível (3 anos), poderá ter em sua pena a diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, vindo sua pena baixar para 1 ano e 8 meses.

Por outro lado, se o juiz analisar que a Lei 6.368/76 permitia a substituição das penas privativas de liberdade em restritiva de direitos, e a atual Lei não permite, a Lei antiga continuará, mesmo com a pena mais elevada, sendo mais

⁸² Segundo ensina Damásio E. de Jesus, é somente aplicando as normas no caso concreto, e não em tese, que se pode aferir qual é a lei mais benéfica — Direito Penal, Vol. 1, 19a ed. Saraiva, p. 80.

vantajosa ao condenado, pois a conversão das penas é melhor, em regra, do que o cumprimento da pena de reclusão, mesmo que em regime aberto.

4.1.1 Vedação da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/06, determina que:

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

Esta vedação não se aplica a fatos sob a vigência da Lei 6.368/76. Para estes, será cabível a substituição da privativa em liberdade em restritiva de direito, consoante artigo 44 do Código Penal.

O § 4º, do artigo 33 da nova Lei, não é diferente do *caput* e do § 1º, e também é inaceitável a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Mesmo o agente sendo primário, de bons antecedentes, criminoso eventual, já que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, não merece ser beneficiado com as penas restritivas de direito.

Para Sérgio Ricardo de Souza, parece ser um grande equívoco do legislador esse preconceito contra as penas restritivas de direito, pois elas têm servido para desafogar o caótico sistema carcerário brasileiro e necessitam ser aperfeiçoadas, para que efetivamente sejam executadas e então aplicadas a todas as situações em que estejam preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos insertos no artigo 44 do Código Penal, bastando que o sejam de forma coerente e com respeito ao princípio da proporcionalidade. Na verdade, o legislador parece ter excedido ao prever tal vedação nas hipótese de aplicação do § 4º e esse excesso

configura afronta ao princípio da proporcionalidade, como decorrência da proibição de excesso.⁸³

Conforme brilhantemente exposto por Sérgio Ricardo de Souza, o legislador se equivocou ao não permitir a conversão das penas em restritiva de direito. Não é a melhor opção prender o traficante eventual, isso porque o sistema penitenciário brasileiro está sem condições de suportar o castigo desejado ao condenado, ou seja, esse traficante eventual mantido em cárcere privado irá ao final de sua pena sair da prisão sem o objetivo realizado que era de reeducação.

Ademais, é válido ressaltar que recentemente o STF, com decisão tomada no *Habeas Corpus* 97256, declarou inconstitucional a vedação da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito.

STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa

Por seis votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (também conhecida como pena alternativa) para condenados por tráfico de drogas. A determinação da Corte limita-se a remover o óbice legal, ficando a cargo do Juízo das execuções criminais o exame dos requisitos necessários para conversão da pena.

A decisão foi tomada em um Habeas Corpus (HC 97256) e, portanto, vale somente para o processo julgado nesta tarde. Mas o mesmo entendimento poderá ser aplicado a outros processos que cheguem à Corte sobre a mesma matéria.

O habeas foi impetrado pela Defensoria Pública da União em defesa de um condenado a um ano e oito meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, flagrado com 13,4 gramas de cocaína. Os ministros decidiram que caberá ao juiz da causa analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em uma sanção restritiva de direito.

A análise do habeas começou no dia 18 de março, quando o relator do processo, ministro Carlos Ayres Britto, votou pela inconstitucionalidade da regra, contida no parágrafo 4º do artigo 33 e no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos. O julgamento foi suspenso em seguida, por um pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa.

Na semana passada, o julgamento foi retomado. Os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso se alinharam ao relator. Já os ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ellen Gracie e Marco Aurélio formaram a divergência. O julgamento foi suspenso para se aguardar voto do ministro Celso de Mello.

Nesta tarde, Celso de Mello reafirmou seu posicionamento, externado em diversas ocasiões em julgamentos realizados na Segunda Turma do STF, sobre a inconstitucionalidade da cláusula legal que veda a conversão da

⁸³ SOUZA, Sergio Ricardo, comentários a Lei antidrogas pós reforma do CPP Lumen juris 2010 p. 89

pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

“Vislumbro, nessa situação, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional”, disse. “Nesse ponto [da Nova Lei de Tóxicos], entendo que a regra conflita materialmente com o texto da Constituição”, reiterou.⁸⁴

Portanto, com a acertada e magnífica decisão do STF, fica a cargo do Juízo das execuções criminais o exame dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, respeitando, sempre, o artigo 44 do Código Penal.

4.1.2 A possibilidade de combinação de leis penais para beneficiar o réu

A combinação de leis é, também, denominada *lex tertia*. Ao determinar a lei mais benigna, o juiz pode determinar e extrair preceitos mais benéficos da lei revogada e, ao mesmo tempo, os da lei revogadora, fazendo a junção dessas leis e aplicando-as ao caso concreto, de forma a propiciar ao réu benesses em relação a cada uma das leis.⁸⁵

Protegendo a possibilidade de combinação, visando somente e tão somente à aplicação do preceito “que de qualquer modo favorecer”, contido no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, estão doutrinadores como Frederico Marques, Júlio Mirabete, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, entre outros.

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 36.

Porém, avesso à essa tese, permitindo ao juiz legislar, criando uma outra Lei não prevista pelo legislador, encontra-se Nelson Hungria, Heleno Fragoso, José Henrique Pierangeli, Aníbal Bruno, entre outros.

Para Fernando Galvão, ocorre combinação de leis quando, diante da sucessão de leis no tempo, o julgador utiliza dispositivos de duas ou mais leis para definir situação mais benéfica ao acusado. O Código Penal não menciona a possibilidade de combinação das leis, o que equivaleria a construir uma lei distinta das demais. Não cabe ao julgador a tarefa de criar leis, e sempre houve discordância na doutrina sobre a possibilidade da combinação. Entre os clássicos, Hungria e Aníbal Bruno repudiaram a possibilidade da combinação das leis. Já Frederico Marques e Basileu Garcia defendiam a possibilidade da combinação com base no princípio da equidade.⁸⁶

Todavia, há uma terceira corrente, no qual Nucci, se encaixa ressaltando que:

Preferimos posição intermediária, apontada por Jiménez de Asúa, baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata deve levar o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam - a nova e a antiga -, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao réu, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei.⁸⁷

Se houvesse permissão para a combinação de leis colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviram de fonte. E quando se diz que o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal autoriza a aplicação da lei posterior benéfica que “de qualquer modo favorecer o agente”, não está legitimando o magistrado a recortar pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma outra totalmente inédita. Quer dizer simplesmente que uma lei penal nova mais benéfica, em qualquer ponto que seja, merece retroagir para favorecer o réu. A previsão do mencionado parágrafo único é uma cautela positiva, para que não se deixe de aplicar lei penal benéfica sob a

⁸⁶ GALVÃO, Fernando in Direito Penal, parte geral, 2ª edição, Editora Del Rey, 2007, p.95.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 3 ed. Revista atualizada e ampliada, revista dos tribunais. 2007

assertiva de que não se cuida da pena propriamente dita ou da penal, merecedores de aplicação imediata.⁸⁸

Adotando-se a impossibilidade de combinar as leis, é da competência do juiz a escolha de qual norma é a mais favorável, pois cabe ao Estado e não ao particular aplicar a lei ao caso concreto. Se o réu não concordar, pode recorrer da decisão. Deve-se ressaltar que o direito em jogo é indisponível, de modo que não cabe ao indivíduo optar por algo que considere, em seu ponto de vista, mais favorável.⁸⁹

Em relação a polêmica possibilidade de combinar Leis no caso concreto do art. 33, parágrafo 4º, Lei 11.343/06, em relação ao art. 12 da Lei 6.368/76, alguns autores vêm sustentando que o § 4º da nova Lei de Drogas deve retroagir, incondicionalmente e isoladamente, em favor dos condenados como incursos no art. 12 da Lei 6.368/76, fazendo-se incidir o percentual de diminuição sobre a pena aplicada com base na lei revogada.⁹⁰

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches:

Essa diferenciação de tratamento deve alcançar os fatos passados. Mudou a perspectiva do legislador assim como a graduação punitiva do fato. Não há dúvida que isso trouxe benefício para o criminoso. E lei nova mais favorável, sempre deve retroagir. Não pode o juiz, em relação aos fatos antigos, levar em conta a pena nova (de cinco a 15 anos). Nesse ponto a lei nova é mais severa (não retroage). Sintetizando: aplica-se a pena antiga com a diminuição nova.⁹¹

Há, entretanto, doutrina em sentido contrário, sustentando que a retroatividade deve ser condicional, evitando combinação da duas Leis.⁹²

Esse dispositivo (§ 4º), foi criado para mitigar, de certa forma, o rigor da Nova Lei de Drogas, que aumentou sensivelmente a pena mínima dos delitos

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 3 ed. Revista atualizada e ampliada, revista dos tribunais. 2007

⁹⁰ FURTADO, Valtan boletim dos procuradores da república, marco de 2007, disponível em : http://www.anpr.org.br/portal/files/boletim_73.pdf?47347412. Acesso em: 25 set.2011.

⁹¹ “Nova lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade?”, in Jus Navigandi, Teresina, 2011

⁹² GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 197

previstos no artigo 33, *caput*, § 1º. Assim, há uma correlação lógica e necessária entre o aumento de pena mínima desses delitos e a criação da minorante. Justamente por isso, o intérprete não pode desconsiderar esse selo, aplicando, retroativamente, apenas a nova causa de diminuição, sob pena de estar criando uma disposição não prevista pelo legislador.⁹³

A retroação incondicional do dispositivo criaria uma “terceira” disposição legal (*lex tertia*) não prevista em nenhuma das duas leis em tela. Caso a retroação incondicional ocorra, estaria violando dois princípios constitucionais: da isonomia e da separação de poderes.

Está na Constituição Federal, em seu artigo 2º, que incube ao Poder Legislativo criar as leis, ao Executivo executá-las e ao Judiciário solucionar, com caráter de definitividade, os conflitos surgidos no seio social sobre a aplicação das leis criadas. Assim, salvo as exceções previstas no próprio texto constitucional, não se admite que o Poder Judiciário legisle, atuando como legislador positivo, criando uma terceira disposição legislativa, não prevista sequer pelo Poder Legislativo⁹⁴.

Nesse sentido, já decidiu o STF:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (*RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.*), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (**MS 22.690**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, *DJ* de 7-12-2006.)⁹⁵

Conforme já exposto, a Nova Lei aumentou sensivelmente a pena pecuniária em relação a Lei anterior, portanto, isso não é suficiente para afastar a

⁹³ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 115.

⁹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 115.

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=11>

benignidade da Lei, caso o magistrado entender que a nova Lei for mais benéfica. O procurador de Justiça Plínio Antônio Britto Gentil leciona:

Os bens em jogo são, de um lado a liberdade e de outro, o patrimônio, havendo-se de dar maior importância à primeira. Outra, porque a multa, ao contrário da pena de prisão, pode ser quitada em parcelas, a teor do dispositivo no artigo 50 do Código Penal, de aplicação subsidiária aos casos disciplinados por leis extravagantes com as quais não for incompatível (art.12). outra ainda, porque eventualmente não paga, nunca se converterá em privação de liberdade, graças à nova redação do art. 51 do Código Penal, mas em dívida de valor, exequível na forma utilizada pela fazenda pública para haver seus créditos. A possível inexistência de patrimônio a garantir o débito resultará, a prática, apenas no inadimplemento de uma obrigação civil.⁹⁶

Portanto, se o magistrado entender mais benéfica a Nova Lei de Drogas, retroagindo-a, deve fazê-lo integralmente, inclusive quanto à pena de multa. Porém, o parâmetro a verificar a benignidade, como se disse, é a pena privativa de liberdade e não a de multa.⁹⁷

4.1.3 Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a combinação de leis.

Apesar de todas as correntes expostas acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não deverá haver combinação de leis. A defesa foi feita no Recurso Extraordinário (RE) 596152, no qual o teor da discussão é justamente a possibilidade da aplicação retroativa da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 a penas aplicadas sob a égide da Lei nº 6.368/76.

Esse Recurso Extraordinário, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, declarou afronta ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal, argumentando ser inaceitável a combinação das leis, formando, assim, uma terceira lei. Alegou, ainda que a medida correta é a pugnação pela análise isolada de cada lei, para que se constate qual delas é a mais benéfica ao condenado, sob pena de o Poder Judiciário atuar como legislador.

⁹⁶ GENTIL, Plínio Antônio, nova Lei de tóxicos: causa de diminuição de pena aplicável retroativamente? Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?I>

⁹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 119.

Por fim, o Egrégio Tribunal reconheceu a Repercussão Geral da questão constitucional suscitada, sendo promulgada no dia 16 de Junho de 2009 e constante no Informativo n. 551 do Supremo Tribunal Federal.

4.2 O caráter hediondo do crime de tráfico de drogas

Alguns advogados vêm tentando afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, com a tese de defesa de primariedade e bons antecedentes, no qual não têm obtido êxito, pois é previsto no artigo 2º, inciso I, da Lei 8.072/90: “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto;”.

A redação do artigo 5º, XLIII, estabelece que:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Porém, existem alguns julgados favoráveis a inconstitucionalidade da norma que veda a progressão, alegando ofensa ao princípio da individualização da pena, citado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal⁹⁸ e declarando, também, o princípio da humanidade.

O STF, recentemente, manifestou seu entendimento no *Habeas Corpus* 103.362:

Ministro reafirma em decisão que preso por tráfico tem direito a liberdade provisória

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello concedeu liminar que permite a um preso por tráfico de drogas aguardar em liberdade provisória o seu julgamento. A decisão foi dada no Habeas Corpus (HC) 103362 e o entendimento do relator é contrário ao que estabelece a Lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

De acordo com o artigo 44 desta lei, os crimes de tráfico ou associados a ele são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, além de

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICA, São Paulo ApCrim. no 167.338-3/2, 3a CCrim, j. em 20.03.95, m.v.

outras restrições.

No entanto, o ministro Celso de Mello ressaltou em sua decisão que a aplicabilidade do artigo 44 da lei de drogas tem sido recusada por alguns ministros do próprio Supremo que o consideram inconstitucional.

Ele citou recente decisão da Segunda Turma do STF segundo a qual impedir que um preso em flagrante por tráfico obtenha liberdade provisória expressa “afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana”.

O ministro destacou ainda jurisprudência do Supremo que já advertiu, por mais de uma vez, que “o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões da razoabilidade”.

Destacou que o STF também adverte que a natureza da infração penal não justifica, por si só, a privação cautelar imposta pelo Estado. Portanto, por entender que a decisão de primeira instância não observou os critérios que a jurisprudência do STF firmou sobre a prisão cautelar, o ministro concedeu a liminar ao acusado.

HC 97256

Questão semelhante está sendo discutida pelo Plenário da Corte no Habeas Corpus (HC) 97256. O ministro Ayres Britto já votou pela inconstitucionalidade de dispositivos da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que proíbem a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. O julgamento foi suspenso, em seguida, por um pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa.⁹⁹

Entretanto, esse pensamento do Ministro Celso de Mello encontra divergência dentro da própria Corte Suprema, conforme decisão do Ministro Joaquim Barbosa no *Habeas Corpus* 102.81:

Bons antecedentes não afastam caráter hediondo

O Supremo Tribunal Federal negou o pedido de liminar em Habeas Corpus de condenada por tráfico e associação para o tráfico de drogas em Santa Catarina. O ministro Joaquim Barbosa (relator) não aceitou o pedido de progressão da pena de seis anos em regime fechado para semiaberto. Para ele, a primariedade e os bons antecedentes não afastam o caráter hediondo do crime, como argumentava a defesa.

De acordo com os advogados do réu, diante dessas características não caberia ao caso o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado e a possibilidade de progressão da pena somente após o cumprimento de parte da pena – 2/5 se réu primário e 3/5 se reincidente — 1º e 2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, de Crimes Hediondos.

No entanto, o ministro destacou que a cabeça do artigo 2º da Lei 8.072/90 equipara o crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos. Ele ainda

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, notícias STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=123338>

ressaltou que o texto não traz qualquer ressalva aos casos em que se reconheça a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos). “Logo, ao menos à primeira vista, o reconhecimento dessa causa de diminuição de pena (primariedade e bons antecedentes), por si só, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”, disse o ministro.

Barbosa explicou, ainda, que a fixação do regime prisional depende não só do montante da pena aplicada, como também da análise das circunstâncias judiciais, “as quais, além de não terem sido questionadas pelo impetrante, não podem ser reexaminadas na via estreita do Habeas Corpus”. Com informações da Assessoria de Imprensa do Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁰

Na verdade dos fatos, o tráfico de drogas, segundo a Lei 8.072/90, é equiparado a crime hediondo, devendo sofrer os rigores da Lei estabelecidos para este tipo de crime.

Porém, o tráfico privilegiado (§ 4º, artigo 33, Lei 11.343/06) deveria ter um tratamento especial e não ser considerado equiparado a crime hediondo, isso porque não faz sentido um crime privilegiado com pena mínima (1 ano e 8 meses) menor do que a pena mínima prevista para furto qualificado ou porte ilegal de armas, ser considerado crime hediondo.

O legislador concedeu uma diminuição de pena entre 1/6 e 2/3, modificando consideravelmente a pena original, pois compreendeu que o tráfico privilegiado merece resposta penal mais branda, justamente porque o agente envolveu-se ocasionalmente com essa espécie delituosa, não registra antecedentes e não está a usufruir os lucros dessa empresa ilícita.¹⁰¹ Portanto, dessa forma, não merece ser incluído no rol de crimes hediondo e equiparados.

Ademais, o legislador não concederia tamanha diminuição de pena, se o tráfico privilegiado se revestisse de gravidade para justificar sua hediondez.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Consultor Jurídico, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mar-16/primariedade-bons-antecedentes-nao-afastam-carater-hediondo-crime>

¹⁰¹ FRANCO, José Henrique, revista Jus Navegandi, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12234/trafico-privilegiado-a-hediondez-das-mulas>

Deveria ocorrer com o tráfico privilegiado o mesmo que ocorre com o homicídio privilegiado, ou seja, não ser considerado crime hediondo, no caso em tela, crime equiparado a hediondo.

CONCLUSÃO

Sob o modo de ver do Direito Penal, em âmbito geral, a Lei 11.343/06 inovou positivamente o nosso ordenamento jurídico, em especial quando comparado à legislações anteriores, porém pecou em alguns pontos, gerando muitas polêmicas, conforme citado pelo trabalho exposto.

A Nova Lei de Drogas veio com a intenção de trazer novidades ao ordenamento jurídico brasileiro, pois este carecia muito de uma nova lei acerca do assunto.

A primeira grande inovação trazida por essa Lei foi a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, tendo este sistema a finalidade da prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes e, também, a finalidade da repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

No tocante aos usuários, o legislador parece ter se inspirado na Lei 10.409/02, isso porque aboliu, de vez, a pena privativa de liberdade para quem portar drogas para consumo pessoal. Ele, também, implementou medidas de prevenção e reinserção do usuário à sociedade no lugar da pena privativa de liberdade.

O legislador foi muito mais benéfico ao usuário na atual lei, mudando a postura da legislação brasileira de sempre tratar o usuário de drogas como um criminoso. De acordo com a Lei 6.368/76, o usuário era reputado como delituoso, sendo punido com pena de detenção de seis meses a dois anos, mais multa. O usuário, com a antiga Lei ficava preso até que fosse paga fiança ou fosse liberado pelo magistrado.

A atual Lei, acertadamente, inovou e implementou a absoluta impossibilidade da pena de prisão para o usuário, pretendendo que este sequer

passa pela polícia, desafogando assim, o precário sistema prisional brasileiro. Não há mais que se falar em inquérito policial e sim em termo circunstanciado,

Correta a decisão do Supremo Tribunal Federal ao manter a natureza jurídica de crime à infração do artigo 28, da Lei, pois caso entendesse de outra forma, com certeza a banalização desse crime seria imensa, não haveria mais repreensão ao usuário de drogas e, conseqüentemente, o tráfico de drogas iria aumentar, pois por meio do usuário que o tráfico se mantém, e através do tráfico que vários outros crimes acontecem.

Entretanto, com relação à aplicação do princípio da insignificância, o Supremo se equivocou ao admitir à aplicação do referido princípio, sendo mais acertada o entendimento do TJDF e do TJRS que não admitiram tal princípio por alegar risco potencial do delito para a sociedade, uma vez que o usuário alimenta o uso de drogas e, conseqüentemente, autoriza a continuidade do crime de tráfico.

Em relação ao tráfico de drogas, o legislador da Nova Lei de Tóxicos não alterou a tipificação legal, manteve os 18 verbos existentes na lei antecessora, deixando a inovação por conta do aumento considerável, tanto da pena privativa de liberdade, quanto na pena pecuniária.

A intenção do legislador com tamanho aumento da pena pecuniária, foi desestimular a prática do tráfico de drogas, uma vez que a finalidade do traficante é o lucro.

Outra inovação trazida pelo legislador foi a substituição do termo *entorpecente* por *droga*, assim definida como toda substância definida pela Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998.

No § 2º, do artigo 33, o legislador, de forma errônea, inseriu uma figura secundária entre o usuário e o traficante, aduziu que quem induzir, instigar ou auxiliar deve ser enquadrado com uma pena mais branda de detenção, pena essa que varia de 1 (um) ano a 3 (três) anos. O legislador agiu de forma equivocada pois com esse artigo, permitiu a atuação de traficantes que induz e instiga pessoas, não

envolvidas com drogas a consumir essas substâncias, no intuito de viciá-las e posteriormente inseri-las no mundo do tráfico.

A grande inovação trazida por essa Lei encontra-se no § 4º do artigo 33, o chamado tráfico privilegiado. Nesse artigo, o legislador tentou inserir no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro uma figura entre o usuário e o traficante (dessa vez de forma acertada diferentemente do caso do § 2º). Na visão do legislador, o acusado que se encaixar na redação estabelecida por este parágrafo deverá ter sua pena reduzida de 1/6 a 2/3.

Ao mesmo tempo que a Lei aumentou a pena base do delito previsto no artigo 33, *caput*, e § 1º, previu uma causa de diminuição de pena para esses crimes, visando beneficiar o traficante que for primário, possuir bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organizações criminosas.

A intenção do legislador, conforme exposto no trabalho monográfico, com esta causa de diminuição de pena é dar concretude aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

No tocante à conversão de penas restritiva de direitos, o legislador, de forma completamente equivocada, não permite o benefício. Deveria o legislador permitir a conversão, pois assim ajudaria a desafogar o sistema caótico carcerário brasileiro, devendo ser concedido o benefício para aquele condenado que preencher os requisitos subjetivos e objetivos estabelecidos no artigo 44 do Código Penal. Entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 97256.

A Suprema Corte, também, de forma acertada, no RE 596152 fundamentou sua decisão acerca da possibilidade de combinação do artigo 33, § 4º, da atual Lei com o artigo 12 da Lei 6.368/76, se manifestando ante a impossibilidade de combinar regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos, evitando assim a criação de uma “terceira disposição”, não prevista em nenhuma das duas Leis em tela.

No que tange ao caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, não há o que se discutir, devendo este ser tratado como tal. Porém, o que é inaceitável, é o tráfico privilegiado ser reconhecido como crime equiparado a hediondo, não fazendo sentido algum, pois é absolutamente inconcebível um crime com pena mínima menor do que a pena mínima prevista para furto qualificado ou porte ilegal de armas, ser considerado equiparado a hediondo.

O autor desta monografia defende, veemente, que ocorra com o tráfico privilegiado o mesmo que ocorre com o homicídio privilegiado, ou seja, a não caracterização de crime hediondo, no caso em questão, crime equiparado a hediondo.

Os problemas que as drogas ocasionam estão longe de serem sanados. A Nova Lei Antidrogas seguiu o que há de mais moderno no assunto atualmente, apostando, no caso dos usuários, na política de prevenção de drogas, o que está sendo uma tentativa muito válida e proveitosa, porém, somente, por meio de um trabalho de prevenção ligado à educação e à segurança que o Brasil poderá ter seus problemas, relacionados às drogas, resolvidos definitivamente.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. n° 20, 1997.

BIANCHINI, Alice et al. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23/8/06*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes, SP: RT, 2008

BONACCORSO, Norma - Mestre em Medicina Forense na FDUSP; Bacharel em Ciências Biológicas e em Direito pela USP. Perita Criminal dos Laboratórios de Toxicologia, em artigo no endereço <http://www.geocities.com/CapeCanaveral/Triênio99/01> - Ano IV – N° 41

BUCHER, Richard. **Drogas e droga edição no Brasil**. Porto Alegre, 1992.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FRANCO, José Henrique, revista Jus Navegandi, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12234/trafico-privilegiado-a-hediondez-das-mulas>
Acesso em: 25 set 2011

FURTADO, Valtan boletim dos procuradores da república, marco de 2007, disponível em : http://www.anpr.org.br/portal/files/boletim_73.pdf?47347412 acesso em: 25 set 2011

GALVÃO, Fernando in Direito Penal, parte geral, 2ª edição, Editora Del Rey, 2007.

GENTIL, Plínio Antônio, nova Lei de tóxicos: causa de diminuição de pena aplicável retroativamente. Disponível em:
<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?l> Acesso em: 20 ago. 2011

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECCO, Rogério. CP comentado. Niterói ed. impetus 2008.

HIRAI, Douglas Yoshio disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/>
Acesso em: 30 ago. 2011

JESUS, Damásio, Lei antidrogas comentada, 10 ed. Saraiva. 2010

KAZMIERCZAK, Luís F. **Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi**: enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 88.

LEAL, João José. Inaplicabilidade das normas processuais previstas na Lei 10.409/02: análise da jurisprudência sobre a matéria. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 52, n. 317, mar. 2004.

MELO, Daiane Vieira de. **A despenalização dos usuários de substâncias entorpecentes**. Presidente Prudente, 2004. 92 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004

MENDONÇA, André Borges e CARVALHO, Paulo Roberto. *Lei de drogas comentada*. 1 ed. São Paulo: Método, 2008.

MESQUITA, Sídio Rosa. *Comentários a Lei antidrogas* São Paulo: Atlas 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei de Tóxicos: aspectos processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 825, n.93, 2004

NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais comentadas*.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*, 3 ed. Revista atualizada e ampliada, revista dos tribunais. 2007

OLIVEIRA, José Augusto. **Os Tóxicos e você**. Brasília, 1987.

PROCÓPIO, Argemiro. **O Brasil no mundo das drogas**.Vozes,1999.

QUEIROZ, Paulo. **Leis penais em branco e princípio da reserva legal**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/leis-penais-em-branco-e-principio-da-reserva-legal/>>. Acesso em: 27 ago. 2011

SOUZA, Sergio Ricardo, *comentários a Lei antidrogas pós reforma do CPP* Lumen juris 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 95604/PB**. Relator(a) Ministro Jorge Mussi. Julgamento em: 15/04/2010

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso **Habeas Corpus n. 90197/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 09/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo>.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Criminal no Juizado Especial. APJ 2003 01 1 118621-4. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/268269/269663.doc>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DE SUL. Apelação Criminal n. 71001743962. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1169668&ano=2008>.

VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004.