

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP
CURSO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

LEON CÁSSIO CARDOSO TANGERINO

**OS ASPECTOS RELEVANTES E POLÊMICOS ACERCA DO
ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06**

SÃO PAULO

2018

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP
CURSO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

LEON CÁSSIO CARDOSO TANGERINO

**OS ASPECTOS RELEVANTES E POLÊMICOS ACERCA DO
ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio José Langroiva Pereira.

SÃO PAULO

2018

LEON CÁSSIO CARDOSO TANGERINO

OS ASPECTOS RELEVANTES E POLÊMICOS ACERCA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Penal e Processual Penal, apresentada em: _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora:

Professor:

Universidade

Professor:

Universidade

Professor:

Universidade

DEDICATÓRIA

Agradeço, primeiramente, a Deus por me dar a oportunidade de fazer uma especialização e, assim aprimorar cada vez mais os meus conhecimentos.

Aos meus pais, por todo o carinho e apoio tanto financeiro como emocional, que não mediram esforços para que eu fizesse essa especialização, e desse modo concluísse mais uma etapa na minha vida. A minha irmã, que mora comigo e que sempre me deu todo carinho e apoio para que não desistisse dos meus sonhos e, por último a minha namorada por todo o carinho e apoio para que possa realizar todos os meus sonhos.

Dedico este trabalho “IN MEMORIAN” de minha avó materna Lindinalva Nazareth Cardoso, que sempre me deu apoio e carinho em toda minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores, especialmente ao professor Cláudio José Langroiva Pereira, que me deu todo o suporte com suas correções e incentivos. Ao pessoal da biblioteca, meu muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia expõe sobre os aspectos relevantes e polêmicos acerca do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, ou seja, em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, realizando uma análise sucinta sobre as legislações anteriores, para que se possa entender a atual Legislação e, principalmente, tratar o tema da descriminalização das drogas, mais precisamente acerca da natureza jurídica da decisão política da norma em questão, e os elementos a ele atinados. Ademais, traz o entendimento de alguns doutrinadores e de como o judiciário, têm se posicionado em relação ao tema. Além disso, realiza um estudo sobre a aplicação do princípio da insignificância penal, sobre o porte de quantidade ínfima de drogas para consumo próprio e a difícil tarefa de diferenciar quando a droga apreendida se destina para o consumo pessoal ou a traficância, como também traz o modelo de Portugal de combate ao tráfico de drogas, e de como este país trata o assunto em relação ao consumo pessoal e a descriminalização das drogas.

Palavras-chave: Drogas. Consumo pessoal. Descriminalização. Princípio da Insignificância.

ABSTRACT

This monograph discusses the relevant and controversial aspects of article 28 of Law 11.343 / 06, that is, in relation to the possession of drugs for personal consumption, carrying out a brief analysis of previous legislation, so that one can understand the current Legislation and, above all, to deal with the issue of drug decriminalization, and more precisely about the legal nature of the political decision of the norm in question, and the elements that are relevant to it. In addition, it brings the understanding of some doctrinators and of how the judiciary, have positioned themselves in relation to the subject. In addition, it carries out a study on the application of the principle of criminal insignificance, on the small quantity of drugs for own consumption and the difficult task of differentiating when the drug seized is intended for personal consumption or trafficking, Portugal's model of combating drug trafficking, and how this country deals with personal consumption and the decriminalization of drugs.

Keywords: Drugs. Personal consumption. Decriminalization. Principle of Insignificance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	HISTÓRICO SOBRE AS LEGISLAÇÕES DE DROGAS	10
3	LEI Nº 6.368/76 DE 21 DE OUTUBRO DE 1976	15
3.1	PUNIÇÃO: AO USUÁRIO, DEPENDENTE OU PORTADOR.....	15
3.2	VIGÊNCIA DE DOIS TEXTOS LEGAIS: NECESSIDADE DE UNIFICAÇÃO.....	17
3.3	A NOVA LEI DE DROGAS: LEI Nº 11.343/06.....	18
4	ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06	21
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	21
4.2	CARÁTER PREVENTIVO.....	23
4.3	PENAS ALTERNATIVAS.....	24
4.4	MEDIDAS DE GARANTIA.....	29
5	PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL	32
6	DESCRIMINALIZAÇÃO, LEGALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL	39
6.1	A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO FORMAL DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	40
6.2	O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO FORMAL DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	44
6.3	A CORRENTE QUE DEFENDE.....	45
6.4	FHC E A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	46
6.5	O MODELO PORTUGUÊS.....	50
7	PORTE PARA CONSUMO PESSOAL OU TRÁFICO DE DROGAS	53
8	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico visa expor as problemáticas envolvendo o consumo pessoal de substâncias entorpecentes, disposto pelo artigo 28 da atual lei sobre drogas (Lei nº 11.343/06) e suas consequências lógicas em relação ao avanço legislativo que presidiu lei em questão.

É preciso enfrentar o problema das drogas, não somente em relação ao Direito propriamente dito, visto que este problema vai muito além do ordenamento jurídico e precisa ser debatido para se chegar a uma solução. Dessa forma, busca-se nesta monografia expor os aspectos principais em relação ao diploma legal que trata sobre o porte de drogas para o consumo pessoal, ou seja, será realizada uma abordagem da Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. Ressalta-se desde já, que devido à amplitude e complexidade do tema, o presente estudo não possui a pretensão de exaurir todas as suas especificidades, tendo como ponto central de análise o artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Para tanto, primeiramente se faz necessário realizar um estudo sobre o desenvolvimento das legislações referentes às relações sobre substâncias entorpecentes, para que se possa entender como se chegou ao atual tratamento, demonstrando-se os aspectos principais da legislação anterior a vigente, ou seja, da Lei nº 6.368/76, analisando justamente os pontos de avanço legislativo, em relação a esta lei, e a posterior.

Buscou-se expor sobre a aplicação do princípio da insignificância penal em relação ao crime de porte ilegal de drogas para consumo pessoal, haja vista, haver uma enorme divergência doutrinária sobre a matéria, já que não é possível considerar que o indivíduo pego com uma quantidade ínfima de substância entorpecente, seja levado à análise pelo Direito Penal. Ademais, o Direito Penal deve ser utilizado como última via, e não para análises pequenas como esta. Por outro lado, o crime já é por si só de pequena quantidade, logo, não cabendo à aplicação do princípio.

O ponto de maior controvérsia e discussão sobre a nova Lei de Drogas foi de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. As penas privativas de liberdade para o usuário de drogas são completamente inúteis, sob inúmeros aspectos. Primeiramente, porque o usuário jamais pode ser tratado como

um criminoso, já que na verdade é um dependente da substância entorpecente, assim como existem dependentes de outras lícitas, como o álcool e o cigarro, que causam ainda mais mal que a maconha, por exemplo, segundo pesquisas. Dessa forma, o dependente de drogas é alguém doente, que precisa de auxílio do Estado e não da repressão deste. Segundo, porque o sistema de privação de liberdade gera na polícia uma corrupção absurda, que deveria ser extinta, já que a tendência do indivíduo pego em flagrante é tentar corromper a polícia para que não seja levado ao cárcere.

Dessa forma, essa evolução legislativa da nova lei de drogas gerou polêmica. Será que houve a descriminalização, legalização ou despenalização? Há doutrinadores defendendo todos os sentidos. Porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a conduta de portar drogas para consumo pessoal, trata-se ainda de crime. Contudo, necessário se faz, fazer uma análise sucinta sobre o assunto, não só na apreciação jurídica, como também na relação desse fenômeno na sociedade, buscando casos concretos.

Por fim, buscou-se expor de maneira abrangente, a difícil tarefa do Juiz, perante o artigo 28, §2º da Lei 11.343/06, ou seja, de desvendar no caso concreto, quando o porte de drogas seria utilizado para consumo pessoal ou para a traficância, já que o indivíduo sabendo da pena mais branda estipulada pelo artigo 28 da Lei de Drogas tende a afirmar que é um mero usuário e não um traficante, tratado pelo artigo 33 da mesma lei.

2 HISTÓRICO SOBRE AS LEGISLAÇÕES DE DROGAS

O porte ilegal de substâncias entorpecentes, bem como a sua traficância, são ações de suma importância para a tutela do Direito Penal e para a sociedade, tendo em vista, que estas questões trazem diversas consequências desastrosas, não só para os sujeitos envolvidos nos crimes, mas para toda a coletividade. Sendo assim, primeiramente é necessário fazer um breve histórico de como a legislação brasileira se desenvolveu no combate às condutas supramencionadas, para que assim, possa se fazer um paralelo com a atual lei de drogas.

No Brasil, a primeira legislação a tratar sobre o tema, foram as Ordenações Filipinas, que punia o uso e o comércio de algumas substâncias. Foram os primeiros registros sobre proibição do uso, porte e venda. Segundo esse diploma “ninguém poderia ter em casa ou vender substâncias como rosalgar e o ópio”.

O Código Penal de 1830, que acabou sendo mais conhecido como “Código Imperial”, nada tratou da matéria, ou seja, não trouxe qualquer referência sobre a questão das drogas.

O Código Penal Republicano de 1890 passou a considerar crimes, algumas condutas como “expor a venda” ou “ministrar” substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários. Esse dispositivo apesar de grande avanço para época no combate aos toxicômanos era insuficiente, haja vista, a avalanche de toxicomania que tomou conta do Brasil.

Nessa época, não havia ainda nenhuma política sobre drogas, e as “substâncias venenosas”, como eram chamadas no passado, eram utilizadas pelos burgueses que frequentavam casas de prostituição. A pena aplicada para quem infringisse a norma era a de multa. E a proibição ainda não atingia os usuários.

O artigo 159 do Código Penal de 1890, inserido no capítulo em que tratava dos crimes contra a saúde pública, tranquilidade pública, abordava o tema referente às drogas da seguinte forma:

Art.159- Expor à venda, ou ministrar, substância venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários:
Pena- de multa de 200\$000 a 500\$000.

Ocorre que somente era possível verificar o crescimento do uso de substâncias venenosas, e a preocupação de um combate e fiscalização efetiva sobre a questão, somente aumentava. Nesse momento surge, o Decreto nº 4.294,

da Convenção de Haia de 1921, que deu um verdadeiro impulso em relação às legislações, pois o dispositivo tratava de questões criminais, no sentido de imputar penas as condutas, e medidas de combate.

O Decreto nº 4.294, veio e corporificou a apreensão mundial no sentido dos males que o uso e a venda de substâncias entorpecentes podem causar a coletividade, o que fez com que surgisse diversas conferências, para debater e ponderar medidas concretas de prevenção e repressão contra o fato.

Em seu art. 6º, o texto do Decreto nº 4.294, que posteriormente foi regulamentado pelo Decreto nº 14.969 previa a internação compulsória de usuários de entorpecentes em estabelecimentos especiais para o tratamento adequado.

Além da internação dos toxicômanos, o decreto dispunha também sobre medidas de controle das substâncias nas farmácias, e previa a extensão da responsabilidade aos particulares que participassem da venda ou da prescrição de tais substâncias.

Neste momento, o consumo já ocorria às escondidas, e foi proliferando, além disso, não se tinha mecanismos de efetivação da lei, pois em 1921 ainda eram rudimentares, de modo que os resultados não foram contundentes, motivo pelo qual era necessária uma maior intervenção do governo no assunto.

Em 1932, foi editado o Decreto nº 20.930, modificado pelo Decreto nº 24.505, de junho de 1934. Este por sua vez, progrediu no sentido de utilizar a expressão “substâncias tóxicas” para conglomerar também entorpecentes como a maconha e a cocaína. Além disso, foi possível visualizar a atribuição de competência a um órgão capaz de dar maior efetividade ao combate das substâncias tóxicas, trazendo o papel de rotular todas as substâncias tidas como “tóxicas”.

A partir da Consolidação das Leis Penais de 1932, o crime de tráfico começou a acumular determinados núcleos, ou seja, as condutas de ministrar, vender, dar, trocar, ceder, ou de qualquer modo, proporcionar foram introduzidas a legislação, e a conduta passou a ter um alcance muito maior. Ademais em seu artigo 26, a conduta de ter a posse ilícita passou a ser criminalizada, além de ter trazido diversas outras implicações, de cunho pessoal e extrapenal.

Em se tratando de fiscalização e repressão, o grande avanço foi dado pelo Decreto-Lei nº 3.114, que instituiu a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, segundo Greco Filho:

Grande impulso na luta contra a toxicomania foi dado pelo Decreto n. 780, de 28 de abril de 1936, modificado pelo Decreto n. 2953, de agosto de 1938. Em seguida, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto- Lei n. 3114, de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto- Lei n. 8.647, de 1946, com atribuições de estudar e fixar normas gerais sobre fiscalização e repressão em matéria de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas (GRECO FILHO, 2009, p.12).

A Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes realizava um estudo para fixação de normas gerais para repreender e fiscalizar o uso de substâncias entorpecentes. Ademais, a comissão tinha o papel de esquematizar um anteprojeto de materialização de todas as leis e decretos que tratam da matéria.

Um pouco antes de advir o Código Penal de 1940, houve o Decreto-Lei 891/38 que avançou no sentido de criminalizar os atos preparatórios como plantar, cultivar, colher e tornar a internação obrigatória ainda mais severa, na medida em que esta poderia ocorrer quando fosse provada a necessidade de tratamento e por conveniência à ordem pública, estando proibida a internação em domicílio e poderia incidir por prazo determinado ou não.

Sobre o Decreto-Lei 891/36, Salo de Carvalho afirma que tal legislação foi inspirada na Convenção de Genebra de 1936:

Todavia, o primeiro momento legislativo, no que tange ao ingresso do país em modelo internacional de controle de estupefacientes, dá-se com a edição do Decreto-lei 891 de novembro de 1936. Este Decreto-lei é elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936 e traz normas relativas à produção, tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas e que, logicamente, deveriam ser proibidas nos países que ratificassem a orientação da Convenção. (CARVALHO, 1997, p.20)

Com o Código Penal de 1940, veio o maior avanço em relação ao combate ao tráfico de drogas, no sentido de equiparar tráfico e porte para uso próprio, em seu artigo 281, § 1º, III:

Art.281 – Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, 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 1(um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior Salário-mínimo vigente no País.
 §1ª Nas mesmas penas incorre que, indevidamente:
 (...)

 III- traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (grifo nosso)

Equiparou-se ao crime de tráfico, o porte para uso próprio, onde eram tratados no capítulo de “crimes contra a saúde pública”, sob a rubrica: “Comércio, Posse ou Uso de Entorpecente ou Substância que determine Dependência Física ou Psíquica”, ou seja, não diferenciava a conduta do mero usuário, para aquele que realmente comercializava as substâncias.

Após a promulgação do Código Penal de 1940, apenas algumas modificações foram trazidas, segundo Greco Filho:

Em 4 de novembro de 1964, a Lei n. 4.451 introduziu modificação no art. 281 do Código Penal, acrescentando ao tipo a ação de plantar. Por ter entrado em vigor a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, promulgada no Brasil em 1964, transformando-se em lei interna, a qual trouxe lista bem mais completa que a do Decreto-Lei n.891, por Portaria de 8 de maio de 1967, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia-SNFMF adotou as listas de entorpecentes da referida convenção. Diploma legal de importância na repressão ao uso de substâncias que causam dependência física ou psíquica, foi editado, em 10 de fevereiro de 1967, o ART. 1º Decreto-Lei n. 159, que equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes para os fins penais e de fiscalização e controle. Nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, dos anfetamínicos, ou dos alucinógenos. Em 30 de janeiro de 1968, o SNFMF regulamentou a extração, produção, fabricação, transformação, preparação, manipulação, purificação, fracionamento, embalagem, importação, exportação, armazenamento, expedição, compra, venda, troca, oferta, cessão, prescrição e uso das substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, trazendo em anexo a tabela com o rol das substâncias. Periodicamente, tem o SNFMF divulgado as listas de especialidades farmacêuticas que contenham as referidas substâncias e que, automaticamente, estão sob controle. Em 1968, o Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro desse mesmo ano, alterou a redação do art. 281 do Código Penal, nos termos que adiante analisaremos e, em 11 de agosto de 1969, o Decreto-Lei n. 753 complementou as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, e distribuição de amostras. (GRECO FILHO, 1997, p.13)

Em 1968, o Decreto-Lei 385, determinou que as substâncias tidas como malélicas, não precisavam estar em uma lista, discriminando a sua lesividade. O que iria nos demonstrar o índice de nocividade da substância seria o Laudo Toxicológico,

este determinaria se aquela substância apreendida poderia ser tida como proibida e lesiva a saúde.

Inovação relevante se deu com o advento da Lei nº 5.726/71, pois não somente tratava de medidas preventivas e repressivas ao tráfico de drogas e ao uso, mas trouxe medidas eficazes de cunho processual, ou seja, como o usuário era tido, como uma pessoa doente que necessitava de cuidados era necessária uma reação mais veloz do poder público. Dessa forma, esta legislação veio com o intuito de modificar a formado processo e julgamento das questões relativas às drogas, para se ter uma resposta mais rápida.

Sendo assim, novamente buscou-se tratar o usuário como uma pessoa doente que necessitava de assistência para se recuperar, e não somente uma punição vinda do Estado. Nesse sentido, a Lei nº 5726/71 concebia uma ideia perspicaz na prevenção e repressão. Era necessária cautela especial aos usuários, pois não deveriam ser tidos como criminosos a qual a sociedade espera uma intervenção rigorosa do Estado, mas de um enfermo que necessita de cuidado.

Porém, a lei era falha, haja vista, que não estabelecia um parâmetro para dizer quando aquele usuário era iniciante, ou seja, estava experimentando aquela substância pela primeira vez, daquele que era realmente tido como “viciado”. A Lei estabelecia ambos no mesmo patamar, e intervindo o Estado da mesma maneira, o que ocasionaria injustiças.

Ademais, apesar da alteração do Código Penal de 1940, trazendo normas de recuperação dos usuários, a Lei nº 5726/71 cometia enorme falha, no sentido de ainda equiparar o usuário com o traficante.

3 LEI Nº 6.368/76 DE 21 DE OUTUBRO DE 1976

3.1 PUNIÇÃO: AO USUÁRIO, DEPENDENTE OU PORTADOR

Inevitável falar da nova lei de drogas, e não citar e comparar com a Lei nº 6.368/76 e seus avanços e soluções. Diante do aumento do consumo de drogas nos anos 70, era necessária uma legislação que punisse com maior intensidade o traficante e o usuário, mas de forma organizada, trazendo maneiras de prevenção e tratamento.

Enfim, revogando o art. 281 do Código Penal, nasce a Lei nº 6.368/76. Nesta, o traficante é diferenciado do usuário, ainda que a conduta seja criminalizada, ambos não são mais equiparados, o que demonstra efetivo avanço. Em seu art. 12, trata sobre o traficante:

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.

E em seu art. 16, sobre o usuário, punindo as condutas de adquirir, guardar e trazer consigo:

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 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Apesar da diferenciação, ocorre que a Lei nº 6.368/76, não deixa claro a quem está querendo punir, ainda traz as falhas de leis anteriores. Pois, quem o Estado está querendo punir com o art. 16, o viciado, ou seja, aquela pessoa que depende da substância entorpecente? Ou aquela pessoa que não é considerada viciada, e está apenas portando droga? O que se percebe, é que não há uma diferenciação, ambos terão o mesmo tratamento e é necessário diferenciá-los, ou

seja, a lei ainda não suprimiu de modo geral as lacunas existentes das legislações antecessoras.

Nesse diapasão, é possível perceber que o art. 16 da Lei nº 6.368/76, não pune a conduta de utilizar a substância entorpecente, pois não traz qualquer tipificação no texto legal.

Sendo assim, antes mesmo de consumi-la, somente pelo ato de ter consigo, de portar a droga, já caracterizaria o delito do art. 16 da Lei nº 6.368/76, então se antes da batida policial o indivíduo consumir toda a sua substância entorpecente, e no momento do flagrante não portar qualquer droga, não será enquadrado no dispositivo supracitado.

Ou seja, se o réu assumir que fez o uso da substância entorpecente, e disser que adquiriu a droga para o seu consumo e já a utilizou, será liberado, pois só será punido se ainda sobrar alguma quantidade para comprovar o porte ou a guarda.

Nesse caso, se não há apreensão do material entorpecente no momento do flagrante, não há como enquadrá-lo na tipificação supramencionada, pois não há como comprovar através dos exames toxicológicos, que o material havia princípio ativo de alguma substância entorpecente. Para a consumação do delito, é necessário que o agente pratique um dos atos previstos no tipo penal, ou seja, ele precisa adquirir, guardar ou trazer consigo a substância entorpecente, mesmo que não tenha causado qualquer dano a alguém.

Isso é um erro evidente, uma falha latente, pois com o desenvolvimento dos exames para verificação de dependência física e psíquica, é possível identificar que o indivíduo fez o uso do entorpecente a tempo razoável, isto é, se fez o uso, é consequência lógica, que portava a droga e que adquiriu de forma inadequada.

Não há como entender, o fato de o legislador não ter enquadrado o verbo “usar” no tipo penal do art. 16, sendo assim, a conduta não vem a ser reprimida, pois o fato de utilizar a droga é a finalidade mais danosa, visto que se não há uso, não há a necessidade de traficância.

Porém, o pensamento mais plausível, é que o “adquirir” imposto no tipo penal, alcança o usuário, pois o art. 1º da Lei nº 6.368/76 determinou que o “uso” é objeto de prevenção e repressão:

Art. 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na **prevenção e repressão** ao tráfico ilícito e **uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (grifo nosso).**

Surge a partir desta legislação um grande problema, pois qual seria a distinção fática, para diferenciar o usuário do traficante? A década da lei seria a quantidade da substância que o indivíduo estaria portando, porém, critério extremamente frágil, pois não é possível estabelecer uma diferenciação através da quantidade, uma vez que o indivíduo pode estar portando pouca quantidade, contudo destinado à venda, e nem realizando exames para comprovar a dependência química, pelo fato de que o traficante também pode ser um usuário.

A grande questão está na saúde pública, e no perigo que a conduta de portar droga traz a coletividade, visto que o simples fato de estar com a droga, já caracteriza implicitamente potencial presunção de distribuição, de difusão daquela droga, sendo assim uma ameaça a toda sociedade, que deve ser extinta.

Porém, resta duvidoso o bem jurídico tutelado pela norma supracitada, pois além de ser uma proteção à saúde pública, também seria, mediante a leitura do dispositivo, do próprio usuário da droga, mas, sobretudo do potencial que aquela substância possa trazer, antes mesmo do seu consumo.

O que se sabe, é que a droga não causa um dano apenas individual, mas também social, atinge a toda a coletividade, desta forma, o que a tutela estatal primordialmente pretende defender é o grupo. O tráfico é que faz difundir o vício, e estão interligados profundamente, por isso que as condutas relativas ao porte para uso próprio, estipuladas na Lei nº 6.368/76, foram ampliadas em relação às legislações anteriores.

3.2 VIGÊNCIA DE DOIS TEXTOS LEGAIS: NECESSIDADE DE UNIFICAÇÃO

Posteriormente, com a tentativa de revogar a Lei nº 6.368/76, sobreveio a Lei nº 10.409/02, porém foi vetada toda a sua parte mais respeitável, que seria a parte dos crimes e penas, tendo em vista à péssima qualidade da lei. Sendo assim, a lei anterior ainda permanecia consistente quanto às atividades de prevenção e repressão aos crimes, e a lei nova foi promulgada pela metade. Permaneceram em vigência dois textos legais, e o texto da Lei nº 10.409/02, não cumpriu de forma total o seu papel revogador. De acordo com João José Leal:

Objeto de inúmeros vetos, que lhe suprimiu toda a parte relativa aos crimes e penas, a Lei 10.409/02 acabou promulgada pela metade. Seu texto, portanto, cumpriu parcialmente, a função revogadora e de substituição da Lei 6.368/76, com a qual teve de repartir a complexa função de prevenir e reprimir as atividades relacionadas ao uso e ao tráfico ilícito de substâncias entorpecente, até o momento da vigência da atual Lei Antidrogas. (LEAL, 2010, p.23)

O propósito da nova lei era de punir o comércio de drogas de forma mais rígida, para servir de exemplo e assim diminuir o tráfico de substância entorpecente no país. Ocorre que diante das falhas da lei, o Presidente da República vetou toda a parte dos crimes e das penas, e desta forma, aplicava-se a parte processual da Lei nº 10.409/02, e os crimes e penas da Lei antecessora, Lei nº 6.368/76.

Diante da vigência de duas legislações de drogas, era necessária uma unificação, ou seja, uma norma unificadora do controle penal sobre as condutas criminosas relacionadas com as drogas, e diante disso, não havia outra solução ao Congresso Nacional, a não ser o de aprovar uma lei que ordenasse, mediante uma única legislação, esta matéria.

3.3 A NOVA LEI DE DROGAS: LEI Nº 11.343/2006

A nova lei de drogas entrou em vigor revogando totalmente as leis anteriores, trazendo diversas inovações no que concerne à repressão das drogas:

Temos, portanto, uma nova lei. Mas não se pode dizer que temos um novo sistema penal das drogas. Na verdade, a atual Lei Antidrogas, trouxe inovações pontuais e de ordem meramente quantitativa em relação ao conteúdo normativo das duas leis acima referidas e por ela revogadas. Supriu lacunas, corrigiu impropriedades mais evidentes e alterou alguns padrões punitivos e de controle penal. Em consequência, aumentou o patamar mínimo da pena privativa de liberdade prevista para o crime de tráfico ilícito. Aumentou, também, de forma sistemática, os marcos mínimo e máximo das penas pecuniárias. Reagrupou ou desdobrou, em artigos e parágrafos, algumas das figuras delituosas que orbitam em torno da figura nuclear que é o crime de tráfico propriamente dito. (LEAL, 2010, p.23)

A Lei nº 11.343/06 vem com o intuito de melhor organizar e normatizar a problemática sócia das drogas, nos seus aspectos de prevenção e repressão, consequentemente acabar com a confusão causada pelas duas leis anteriores, que originava na sociedade um sentimento de insegurança, por não ter uma normatização firme a respeito das drogas.

A nova lei de drogas, em relação ao usuário, harmoniza-se com o princípio da intervenção mínima estatal, trazendo para a legislação brasileira, o modelo consagrado na Europa de redução de danos. Este paradigma visa evitar o encarceramento, apresentando políticas criminais de combate às drogas, tratando o usuário como alguém que necessita de auxílio do Estado e não repressão deste.

Na política de redução de danos, o problema das drogas é visualizado sob um prisma que ultrapassa a esfera social, sendo versada também como uma questão de saúde pública. Esta nova política de drogas, tem como regalia a reinserção social do usuário, ou seja, ao mesmo tempo em que preveni e repreende, tem como objetivo reintegrar o dependente de drogas ao convívio em sociedade.

A política de redução de danos aproxima-se do modelo de Justiça que vem sendo chamada de “restaurativa”, cujo escopo principal, inclusive no que diz respeito ao usuário de drogas, consiste na prevenção, atenção e reinserção social. Não se pode confundir o usuário com o traficante, muito menos a resposta adequada para cada um deles. No que se relaciona ao usuário muito mais razoável, nos dias atuais, parece ser a preocupação do modelo restaurativo, que é voltado para o acolhimento, prevenção da reincidência, atenção e reinserção do agente do fato. (GOMES, 2007, p.113)

Sendo assim, a intervenção mínima estatal e o modelo de redução de danos, entende que o Estado não pode tomar medidas preventivas que deem segurança à sociedade, se torna responsável por seus problemas sociais. Logo, por ser o real culpado, deve solucionar estes problemas, dessa forma, propõe a substituição dos meios comuns de pena, por meios alternativos de recuperação do delituoso, trazendo à tona o amparo social.

Logo, a política de redução de danos, propugna gradativamente para uma possível descriminalização das drogas, prevendo uma política de controle, sobretudo para regulamentar a situação da descriminalização, e políticas educacionais, haja vista, as drogas ser um problema de saúde privada e pública.

Precisou-se raciocinar sobre o grau de ofensividade da conduta do usuário de drogas, pois o resultado danoso volta-se exclusivamente para o próprio usuário, sendo necessário que a lei traga soluções para os problemas da sociedade. De acordo com Issac Sabbá Guimarães:

Deverá haver um apelo a noção de adequação da norma jurídico-penal à ordem social vigente. Assim, se a constituição reconhecer o pluralismo da sociedade brasileira (preâmbulo da CR) deverá vigor um regime de maior

tolerância e respeito pela autodeterminação de cada indivíduo, inclusive em relação às suas opções de vida (desde que não afetem a harmonia e os valores da sociedade), mesmo que sejam autodestrutivas. Sob o princípio da proporcionalidade, deverá, ainda, a lei penal mostrar-se necessária para a solução de certos conflitos ou problemas sociais. Quer isto dizer que, havendo um convencimento prévio de que os fenômenos do uso e da dependência são verdadeiros problemas de saúde, deixará a lei penal de ser necessária. Além do mais, correlacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, poderíamos referir que a lei penal cria estigmas indelévels na pessoa de um doente (o tóxico dependente), já que ele passa a ser tratado como um autêntico criminoso). (GUIMARÃES, 2007, p.17)

É nesse ponto que a nova lei de drogas, procura auxiliar o usuário de drogas, pois o problema do uso de drogas é antes de tudo, um problema de saúde pública, antes mesmo ser um problema criminal.

Sendo assim, a repressão ao uso e ao tráfico de drogas, não visa à lesão estritamente pessoal do indivíduo, ou seja, aos males que as substâncias entorpecentes ocasionam. A punição ultrapassa o âmbito particular, levando em conta os perigos que o consumo de drogas acarreta para a saúde pública e a coletividade.

Porém, o que é correto acerca da relação das drogas com seus usuários e dependentes? Adotar uma política repressiva, só preventiva ou repressivo-preventiva? Para Luiz Flávio Gomes:

Prevenção é a prioridade. O mais sensato e responsável de tudo quanto se pode extrair das experiências e vivências estrangeiras, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que os pais e professores dentre tantos outros, assumem sua responsabilidade de orientação e conscientização. Se o sujeito não cuida dele mesmo ou do seu filho, não deve esperar que o direito penal faça isso por ele e muitos menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, reinserção, compreensão, não de prisão. (GOMES, 2007, p.115)

Dessa forma, o Estado necessitou e criou uma política educacional, ou seja, a nova lei de drogas direcionou os infratores do crime de porte de drogas para uso pessoal, de forma que possam se livrar dos grandes problemas das drogas.

4. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei nº 11.343/2006 regulou a situação do usuário de drogas, em seu artigo 28. Para que haja o entendimento melhor da conduta vislumbrada pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, é necessário antes de tudo compreender o que o texto legal dispõe:

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 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.

Primeiramente, vale dizer que a nova lei de drogas traz maior abrangência a questão das substâncias entorpecentes, retirando a expressão “substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica”, por simplesmente “droga”. Segundo o Artigo 1º, parágrafo único da Lei 11.343, o termo “droga” será:

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

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

Em função disso, é possível afirmar que a Lei nº 11.343/06, contempla normas penais em branco. No caso em tela, verifica-se que a sua exigibilidade esta amarrada por uma norma posterior de instância dessemelhante, ou seja, no caso das drogas, quem estabelece o que é considerado droga, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), justamente pelo fato da nova lei de drogas, utilizar a expressão “droga”, é necessário que seja contemplado por norma precedente.

Conforme se verifica, o legislador acrescentou ao tipo penal, duas novas condutas, quais sejam: ter em depósito e transportar. A conduta de transportar, expressa a intenção de levar de um local para o outro, ou seja, ideia de condução e ter em depósito significa conservar a droga sob seu domínio. Condutas estas previstas pela antiga Lei nº 6.368/76, que concordam com as de tráfico, de difícil distinção.

Além disso, a lei equiparou a posse para consumo pessoal, as condutas de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de substância capaz de gerar dependência física ou psíquica. Antes da Lei nº 11.343/06, não havia previsão para estes tipos de condutas, somente para o tráfico de drogas, a conduta de plantar. Logo, o que normalmente ocorria quando o Juiz se deparava com tal situação, era de declarar o fato atípico.

Ademais, não há previsão crime de porte de drogas para consumo pessoal, a modalidade culposa e tentada, sendo ambas as condutas atípicas. Portanto, aquele que indivíduo que tentar comprar a droga, mas não consegue consumir o fato, não será imposta qualquer pena a este, sendo o comportamento tido como atípico, pois a nova lei não contemplou ambas as modalidades em seu texto normativo.

4.2 CARÁTER PREVENTIVO

Um ponto de extrema importância trazido pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 é que o legislador quis reforçar o modo de prevenção aos usuários e dependentes de drogas. Sendo assim, separou o crime de porte de drogas para consumo pessoal dos demais crimes, ou seja, o art. 28 da nova lei de drogas inclui-se no Título III, que trata das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e os demais crimes fazem parte do Título IV que versa sobre a repressão a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

Sendo assim, percebe-se que o legislador se importou em não conceber ao indivíduo que porta drogas para consumo pessoal, a alcunha de “criminoso”, apesar do artigo em estudo ser entendido como crime, mas trouxe-nos a ideia de alguém que necessita de auxílio e de medidas preventivas e de reinserção social. Uma modificação de extrema importância, pois o usuário passa a ser visto como um sujeito de direitos, que tem sua liberdade e autodeterminação resguardadas.

A nova lei de drogas acolheu a ideia trazida pela medicina, em particular a psiquiatria e psicologia, que não concebia de forma alguma, a ideia de aplicar a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas (prisão), mas sim trata-los como pessoas que necessitam de subsídio para enfrentar o problema das drogas.

Ou seja, a lei em estudo, não abrigou a corrente que defendia a pura e simples descriminalização da conduta de portar droga para consumo pessoal, entretanto não conservou o que o art. 16 da Lei nº 6.368/76, trazia em seu texto normativo que cominava pena privativa de liberdade aos infratores do tipo penal.

Ponto desfavorável à nova lei de drogas foi à exclusão da submissão do usuário ao tratamento, que por sua vez, constou apenas no projeto da Lei nº 10.409/2002. A Lei nº 11.343/06, em seu §7º do artigo 28, apenas determina que o Poder Público coloque a disposição do infrator, gratuitamente o seu tratamento, ou seja, não há imposição, verifica-se que o tratamento deve ser oferecido ao usuário.

Logo, a pessoa envolvida com o consumo de substância entorpecente tem direito a um tratamento oferecido pelo Estado, sem qualquer custo, e o Juiz deve assegurar que este direito do infrator seja respeitado, pois a lei é clara em dizer que este determinará ao Poder Público que coloque o tratamento a disposição.

Sendo assim, para o infrator o tratamento é gratuito e facultativo, ou seja, tendo a disponibilidade poderá submeter-se ou não ao tratamento, dependendo de si mesmo para isso, e este tratamento será preferencialmente ambulatorial, não ficando excluída a possibilidade de tratamento em regime de internação, na medida em que o caso requeira, e para o Juiz, a determinação ao Poder Público é obrigatória diante da necessidade evidenciada no caso concreto.

Nesse diapasão, a Lei nº 11.343/2006, em seu inciso III do artigo 28, impõe medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, o que causa discussões. Sobre o tema Alexandre Brizzoto:

Pelo que se depreende do artigo 28, III, poderá o Juiz determinar que o usuário/dependente compareça em programas de terapia fornecido por entidades de recuperação com o óbvio objetivo de livrar aquele consumidor de seu hábito (usuário) ou vício (dependente). Novamente a lei facilita mecanismos para adentrar na intimidade e na liberdade do indivíduo, objetivando a “educação” dos valores morais dominantes. É sabido que as práticas dos Juizados Especiais apontavam para a direção da terapia com a imposição fática (acordado formalmente) na transação penal e, agora, a lei previu sua cominação em sede também de sentença condenatória. Sobre a crítica à Justiça Terapêutica, adota-se o firme posicionamento de Salo de Carvalho ao dizer que ela “não apenas retoma os modelos defensivistas que substituem penas por medidas, como reedita perspectiva sanitária na qual o usuário de drogas é visto invariavelmente como doente crônico, recorrente, incurável”, concluindo que suas premissas retiram do indivíduo a qualidade de sujeito e a sua possibilidade de fala. Propugna-se a possibilidade de o envolvido com o consumo levantar em juízo a defesa de sua liberdade constitucional para que o magistrado não lhe imponha tal medida na sentença, que no caso concreto, poderia estar colocando a pessoa em situação vexatória e contrária às suas convicções. (BRIZZOTO, 2007, p.47)

Porém, não há violação a direitos fundamentais, pois o porte para uso pessoal ainda é considerado crime pela nova lei de drogas, e poderá ser imposta a pena em questão, sem afrontas a intimidade do indivíduo. O que ocorre na realidade é que além do problema legal, pelo infrator ter cometido o crime, há um problema de saúde que necessita ser resolvido, e a lei propõe a solução de ambos.

4.3 AS PENAS ALTERNATIVAS

Em hipótese alguma será aplicada a pena de prisão ao usuário de drogas, pois com o advento da Lei nº 11.343/06, o artigo 28 trouxe medidas alternativas e

não prisionais, pois o crime de porte de drogas para consumo pessoal é considerado conforme a doutrina atual, como crime de menor potencial ofensivo.

Primeiramente, é importante questionar que ao observar a lei, percebe-se que o legislador regulou os ilícitos do art. 28 e estabeleceu as penas a ela cominadas nos respectivos incisos. Ocorre que em alguns momentos a elas se refere, como “medidas”, como é o caso do §1º e 6º e em outras como “penas”, caso dos §§ 3º e 4º, o que nos demonstra que o próprio texto legal apresenta uma nomenclatura confusa e contraditória.

Diante desta confusão, o resultado foi o questionamento: são penas ou medidas? Sobre a questão, Renato Marcão afirma:

Penas, evidentemente. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, estabelece que a lei regule a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. No inciso XLVII do mesmo art. 5º encontramos restrições a determinados tipos de penas, havendo proibição expressa à adoção das seguintes: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. Foi permitido ao legislador estabelecer outras penas, além daquelas previstas no inciso XLVI, desde que observadas as restrições acima indicadas. (MARCÃO, 2008, p.28)

Para este doutrinador, ocorreu mesmo uma falha da nova Lei de drogas, que para ele, apesar do avanço legislativo em relação à Lei nº 11.343/06, ainda detêm inúmeras falhas, dessa forma, mais uma vez, ao mesclar as duas hipóteses, mas em sua opinião se trata mesmo de penas.

O que se sabe é que a questão causa controvérsias, pois já que a infração penal do artigo 28, caput, não pode ser classificada como “crime”, as sanções ali cominadas podem ser classificadas como “penas”?

Em posicionamento contrário ao de Renato Marcão, Andrey Borges de Mendonça afirma que a advertência não pode se classificar como “pena”:

Porém, não obstante a Constituição Federal autorize, em seu art. 5º, XLVI, o legislador a criar penas diversas da privativa de liberdade, a advertência não pode se enquadrar no conceito de pena. Realmente esta 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 a reeducação do agente- de modo a dissuadi-lo a voltar a delinquir e incentivando-o a afastar-se da seara criminosa (prevenção especial) -, bem como servir de desestímulo à prática delitiva pelos demais indivíduos da sociedade (prevenção geral). Veja que nenhuma destas finalidades está

presente na “pena” de advertência. Inexiste, em sua essência, o mínimo caráter aflitivo não restringindo, por menor que seja, qualquer bem jurídico do condenado, também não se presta a qualquer finalidade preventiva. Pelo contrário, advertência, além de desprestigiar a função jurisdicional, poderá funcionar como verdadeiro incentivo à prática delitiva, pois o agente, consciente de que não sofrerá qualquer reprimenda de caráter aflitivo, perderá qualquer freio que possa impedi-lo de cometer delito. (MENDONÇA, 2007, p.48)

Além disso, o doutrinador afirma que a advertência não é pena pelo fato de o magistrado e o promotor poder aplica-la independentemente de processo ou de sentença. Não há qualquer imposição ao Juiz ou ao membro do Ministério Público aplicar a advertência no próprio interrogatório do acusado, demonstrando a este as consequências ruins que a droga venha a produzir no ser humano. Aliás, o próprio delegado, em sede policial, ao tomar conhecimento de que o indivíduo portava droga para consumo pessoal, já pode de plano adverti-lo.

Em sentido antagônico aos dois posicionamentos, João José Leal, afirma que:

A nosso ver, as sanções previstas no art. 28 são penas, sim, mas não penas propriamente criminais, no sentido jurídico-formal consagrado pelo art. 1º da LICP, que menciona como suas espécies a reclusão, a detenção e a multa, esta última, desde que cominada de forma cumulativa ou alternativamente com uma das duas penas privativas de liberdade. Assim sendo, cremos que as novas sanções, em sentido amplo, são penas que podem receber a denominação de medidas educativas, como consta da própria lei positiva ou de medidas restritivo-educativas, já que a prestação de serviços à comunidade, além do caráter educativo, tem também caráter aflitivo. Conforme mencionamos acima, são penas que refletem o novo tempo penal e que, paulatinamente, vai abrindo mão da forma de coerção penal mais rigorosa que é a prisão. (LEAL, 2010, p.59)

Dessa forma, após breve exposição dos motivos, ao decorrer do trabalho, como não há posicionamento resistente sobre a questão, tratarei as “penas”, ora como medidas, ora como penas.

As penas impostas pela transgressão ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06 podem ser aplicadas individualmente ou cumulativamente, devendo-se analisar caso a caso, se será mais plausível para o infrator, ser aplicada apenas uma, duas ou as três medidas.

A primeira pena aplicada ao usuário será a de advertência, imposta pelo inciso I do presente artigo e até então, desconhecida pelo Direito Penal brasileiro. Essa por sua vez, consiste em apresentar ao infrator do crime os efeitos provocados pela utilização das substâncias entorpecentes, e em detrimento lógico, as

relacionadas à saúde, já que o bem jurídico afetado no caso do crime em tela, é justamente a saúde individual e coletiva.

Nessa situação o Juiz terá função de conscientizar o usuário ou dependente de drogas sobre as implicações maléficas que a droga traz não só a saúde, como também ao convívio familiar, profissional e social.

Então, aplicada a sentença ao infrator, o Juiz advertirá sobre a nocividade das drogas, consignando tudo em termo escrito. Não há qualquer contrapartida por parte do usuário, ele deve apenas ouvir o Juiz e ao final, responder que entendeu a mensagem proferida pelo magistrado.

A pena de advertência tem por finalidade avivar, revigorar e, em alguns casos, inculcar, na mente daquele que incidiu em qualquer das condutas do art. 28, as consequências danosas que o uso de drogas proporciona à sua própria saúde: ao seu conceito e estima social: à estabilidade e harmonia familiar; à comunhão social, buscando despertar valores aptos a ensejar contra-estímulo ao estímulo de consumir drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar. É evidente, por razões óbvias, que são estes os efeitos a que se deve referir à advertência, e não àqueles outros, físicos, mentais e psicológicos, determinantes de certos comportamentos e estado de espírito, só conhecidos por quem efetivamente faz uso da droga. (MARCÃO, 2008, p.69)

O indivíduo é de imediato encaminhado ao juízo competente que será os Juizados Especiais Criminais, logo que tomado o conhecimento do fato. Ausente o Juiz, caberá à autoridade policial tomar providências que se fizerem necessárias para que o autor da infração assumo o compromisso de comparecer em juízo em data designada.

Observando essa “pena”, é fácil raciocinar que a consequência lógica, tendo em vista toda a história das legislações passadas, que o passo futuro será a descriminalização efetiva da conduta.

Em relação ao inciso II, a pena aplicada será a de prestação de serviços à comunidade, conhecida por todos e definida pelo §5º do mesmo artigo 28. Porém, como a legislação foi falha em não determinar como será executada esta pena, devem ser remetidas às regras gerais do Código Penal para a solução da deficiência apresentada.

Sendo assim, o art. 46 do Código Penal expõe deve ser realizada a medida atendendo ao exposto:

Art. 46- A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade.

§1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

(...)

§3º As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada de trabalho.

Desta forma, a prestação de serviços à comunidade consiste em atribuir ao infrator tarefas gratuitas, ou seja, quem receber esse tipo de pena, não poderá ser remunerado de forma alguma. Ainda deve-se ressaltar que essas atividades devem corresponder às aptidões de cada infrator.

Sobre o tempo que o infrator ficará realizando essas atividades, o legislador não colocou qualquer prazo na nova lei de drogas, sendo assim deve-se remeter novamente ao Código Penal e utilizar o §3º do artigo 46, dispondo que a prestação de serviços à comunidade deverá ser aplicada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, devendo cada hora de trabalho corresponder a um dia da medida.

Logo, se o Juiz vier aplicar ao usuário de drogas dois meses de prestação de serviço comunitário, ficará o indivíduo sujeito a prestar 60 horas de trabalho a uma entidade educacional ou institucional, durante o período da condenação, por exemplo.

Em relação ao local onde será prestado o serviço a comunidade, deverá ser cumprida nos estabelecimentos estipulados pelo § 5º do artigo 28 da Lei 11.343/06, que são preferencialmente aqueles que envolvem atividades de prevenção ou de recuperação de usuários ou dependentes, e não havendo esses locais, poderá ser direcionado a executar em qualquer outro.

Por fim, em relação ao comparecimento a programa ou curso educativo, nas lições de Renato Marcão, descreve-se em:

A pena de comparecimento a programa ou curso educativo atende fielmente à política de redução de danos adotada na nova Lei Antitóxicos. É indubitoso que o programa ou curso educativo a que se refere à lei diz respeito ao tema de drogas. Portanto, programas ou cursos voltados à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. (MARCÃO, 2008, p.69)

O primeiro ponto a citar aqui, é o pleonasma da própria redação estipulada pelo texto legal. Ele descreve “medida educativa de comparecimento a programa ou

curso educativo”, ora, se a medida é de natureza educativa, não havia necessidade de acrescentar o termo “educativo” ao curso, conforme o art. 28 da Lei Antidrogas.

O comparecimento a programa ou curso educativo é uma sanção penal nova, ainda não vista no Direito Penal. O programa ou curso deve estar anteriormente habilitado para que o Juiz possa aplica-lo no caso de transgressão do delito.

A Lei nº 11.343/06, não estipulou uma previsão legal sobre a quantidade e dias e, muito menos, de horas que o indivíduo fará este curso ou programa. Mais uma lamentável falha da nova lei, que, aliás, esses erros só acontecem na seara penal. Em relação à lacuna que a lei deixou, fica a critério do Juiz e o seu bom-senso na hora aplicar a sanção. Entretanto, o artigo 28, §3º, determina que as penas previstas nos incisos II e III, não poderão se estender por um período maior do que cinco meses.

4.4 MEDIDAS DE GARANTIA

Segundo o §6º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, no caso de recusa pelo agente de uma das penas alternativas anteriormente expostas, o Juiz poderá submetê-lo sucessivamente a: admoestação verbal ou multa, justamente como forma de garantir o cumprimento dessas penas, em razão da impossibilidade de conversão a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Sobre a impossibilidade de conversão, Andrey Borges de Mendonça:

Não poderá o magistrado, em hipótese alguma, converter a pena aplicada em privativa de liberdade, devendo se valer dos instrumentos legais que a nova lei lhe concede. O legislador tratou, inclusive, especificamente dessas medidas de garantia na nova Lei de Drogas, justamente em razão da impossibilidade de converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Na legislação ordinária, o risco de prisão em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos é a maior coação ao condenado para que cumpra a medida imposta. Como na nova lei não há essa possibilidade, surgiu à necessidade de especificar as medidas de garantia para assegurar que as penas restritivas aplicadas serão observadas pelo condenado. (MENDONÇA, 2007, p.55)

Dessa forma, a única alternativa do legislador, para garantir o cumprimento das penas alternativas brandas e impossíveis de ser convertidas em privativas de liberdade, era trazer em seu texto legal as medidas garantidoras.

Vale dizer, que o descumprimento justificado da medida não autoriza a aplicação das consequências previstas pelo §6º, sendo necessária a recusa injustificada para a imposição sucessiva da admoestação verbal e da multa, a lei é clara nesse sentido.

As medidas devem ser impostas sucessivamente, ou seja, primeiro se aplica a admoestação verbal e essa não produzindo efeito, parte-se para a multa, que constitui a *ultima ratio*, não podendo o magistrado inverter a ordem estipulada pela própria lei. Dessa forma, caso o condenado seja regularmente intimado para comparecer a audiência para admoestação e este não comparece, o magistrado deve aguardar e ver se haverá justificativa pelo não comparecimento, se não houver, poderá então ser-lhe aplicada a pena de multa.

A admoestação verbal é uma censura oral realizada pelo Juiz, em que este advertirá o indivíduo sobre as consequências de sua conduta desidiosa. O infrator será intimado a comparecer em audiência para que assim o magistrado possa adverti-lo.

Andrey Borges de Mendonça encontra uma falha em se tratando da admoestação verbal, no que segue:

De logo uma crítica: apesar de o legislador ter estipulado genericamente que a admoestação e a multa visam garantir o cumprimento das penas previstas nos incisos I, II, e III do caput, entendemos que o legislador disse mais do que queria. Realmente é sem sentido imaginar que o magistrado determine a admoestação verbal para o cumprimento da pena de advertência sobre os efeitos das drogas. Veja o contra-senso: o magistrado admoesta o agente verbalmente para que ele compareça em determinada data, momento em que ele seria advertido sobre os efeitos da droga. Melhor seria, ao Juiz, em vez de admoesta-lo, adverti-lo, desde logo, sobre os efeitos das drogas. Assim, entendemos não cabível a admoestação para o cumprimento da pena de advertência, mas apenas para duas outras penas principais aplicadas. (MENDONÇA, 2007, p.56)

A multa por sua vez, é uma imposição de um valor em pecúnia a ser pago pelo condenado, fixado pelos termos art. 29 da Lei. 11.343/06, conforme:

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.

Portanto, pode-se perceber que a multa já não possui mais a intenção de reeducar o indivíduo consumidor das drogas, mas sim, de tratar sobre o descumprimento das penas aplicadas, ou seja, a natureza jurídica da medida de multa é extra-penal, tendo em vista que a sua finalidade é de coagir o indivíduo a cumprir a pena, e não retribuir pela conduta praticada, já que o bem jurídico tutelado pela lei de drogas é o de saúde, e multa não retribui a violação do bem jurídico.

E se essa multa não for paga pelo infrator, ou seja, ele venha a descumprir a medida educativa de multa, o que irá ocorrer? Luiz Flávio Gomes, afirma que:

E se o agente descumpre a medida educativa de multa? Impõe-se verificar a possibilidade de execução forçada, dentro dos Juizados, de acordo com a Lei de Execução Penal. Recorde-se que a multa dos Juizados não sai dos Juizados (Arts. 84 a 86 da Lei 9.099/95). Sua execução se faz nesse juízo. Não é correto enviar para a vara da Fazenda Pública essa multa. Muito menos para a vara de execuções penais. Nos termos do art. 85 da Lei 9.099/95, caso não seja efetuado o pagamento da multa, poderia haver conversão em prisão ou em restritiva de direitos. A possibilidade de conversão da multa em prisão acabou com a Lei 9.268/96, que alterou o art. 51 do CP. Multa jamais gera a pena de prisão. A conversão da multa em restritiva de direitos não foi regulamentada em lei até hoje. Logo, o art. 85 da Lei dos Juizados não conta com eficácia prática. (GOMES, 2007, p.168)

Para este doutrinador, a execução deverá ocorrer dentro dos Juizados, de acordo com a Lei de Execução Penal, não sendo correto enviá-la para a vara da Fazenda Pública e nem para a vara de Execuções Penais.

5 INSIGNIFICÂNCIA PENAL

Existe uma grande discussão acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Não há como ser afastada do campo cognitivo do Juiz a possibilidade de utilizar deste princípio, quando diante da narração dos fatos, se chegar à conclusão de que a quantidade de droga se revela insignificante em face do bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância penal visa evitar o uso excessivo das sanções, dessa forma, quando a ação do indivíduo afetar infimamente o bem jurídico a ser tutelado por aquela norma, deve ser considerado atípico, pois a conduta realizada pelo infrator foi tão mínima, que não justifica a aplicação da pena.

O fundamento ético-político e jurídico deste princípio, que não se encontra positivado em nenhuma norma jurídica do nosso sistema constitucional-penal, repousa na ideia de que o Direito Penal, como instrumento de controle mais rígido e severo, somente deve intervir para prevenir e reprimir as condutas individuais e coletivas de maior gravidade ou de maior periculosidade para a coletividade. Isto é, o Direito Penal somente deve intervir para sancionar aquelas condutas que sejam capazes de ofender, de forma significativa, bens jurídicos de maior relevância para a vida social e, por isso, submetidos à proteção da lei penal. Assim, as condutas típicas como mínimo grau de lesividade ao bem jurídico e que constituem o que, na linguagem jurídico-penal, denomina-se de criminalidade de bagatela, não devem ser objeto da intervenção penal. (LEAL, 2010, p.64)

No caso do crime do artigo 28 da Lei de drogas, quando a quantidade da droga apreendida for tão pequena que nem mesmo é possível causar qualquer alteração física e mental no próprio transgressor, mesmo que formalmente enquadrada na descrição legal, deverá ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Há divergências doutrinárias e jurisprudenciais, em relação à aplicação do princípio da insignificância penal no artigo 28 da nova lei de drogas. No regime da Lei nº 6.368/76 apesar das divergências, havia uma tendência doutrinária para que nos casos de ínfima quantidade de droga, deveria aplicar-se a insignificância, por não ser possível verificar potencial lesão ao bem jurídico resguardado pelo porte para consumo pessoal, que no caso é a saúde individual e coletiva. Nesse sentido:

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.

Com a nova lei de drogas, a situação é um pouco diferente. Há autores que entendem que é possível aplicar o princípio em questão, porém outros entendem que sua aplicabilidade não é aceitável.

Para Issac Sabbá Guimarães, a atual lei permite a aplicação do princípio da insignificância penal. Isso ocorreria se a conduta de porte de drogas apresentasse remota potencialidade de causar dano ao bem jurídico tutelado, ou seja, se o desvalor da culpabilidade fosse irrelevante ou se a conduta não representasse risco para a coletividade. Ele analisa sobre três circunstâncias:

Muito embora o corpo jurídico-penal brasileiro não acolha expressamente o princípio da insignificância, não oferecendo, pois, critérios seguros para o Juiz deixar de impor pena nos casos em que inexistia necessidade de intervenção do direito penal, acreditamos que a medida aplicada ao fenômeno criminal concreto de pequena repercussão ofensiva a bem jurídico-penal, atenderá a um sentido de razoabilidade. Ponderando-se, em casos concretos, os custos e benefícios da reta aplicação da lei, poder-se-á constatar uma equação que não atende aos princípios do direito penal. Será, assim, preferível deixar aplicar-se a pena. Nossa posição, advogada ao tempo em que vigorava a Lei 6.368/76, portanto, era a de levar à ponderação pelo menos três elementos circunstanciais do fato: 1) a remota potencialidade de causar dano a bem jurídico tutelado pela lei, caracterizada pela pequena quantidade de droga. Ora, se sequer terá a condição de causar dano à saúde do agente, parece-nos ainda mais difícil que tivesse a condição de propagar-se entre terceiros. 2) O desvalor da culpabilidade. Aqui, o aplicador da lei deveria investigar se o agente, com sua conduta, transgrediu, de maneira relevante, o senso comum que impõe a observância de uma conduta conforme o mínimo ético-jurídico que orienta a sociedade. Entendíamos que o desvalor (da culpabilidade) seria insignificante quando, v.g., o agente fosse envolvido, levado a uma situação ilícita, ao estar numa roda de conhecidos na qual alguém lhe sugeriu ou instigou-o à aquisição de droga. É bem diferente o caso de quem, sem qualquer indução exercida por terceiro, resolvesse enfrentar todos os perigos para adquirir a droga. 3) O desvalor da conduta, que poderia ser entendido pela situação de a conduta ilícita não apresentar riscos. (GUIMARÃES, 2007, p.34)

Ainda, Luiz Flávio Gomes segue o mesmo posicionamento, acreditando que quando se tratar de posse ínfima de substância entorpecente, o correto não é aplicar qualquer sanção alternativa ao infrator, e sim fazer incidir o princípio da insignificância penal, pois se a droga apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, não há o que se falar em infração penal.

Para este doutrinador, o crime estabelecido pelo Artigo 28 da Lei Antidrogas, é um delito de posse, que para assegurar a aplicação de uma de suas penas de forma justa, é imprescindível constatar que a quantidade da droga, possa causar alguma capacidade ofensiva, caso isso não ocorra, não possível configurar qualquer infração penal, conseqüentemente não há o que se falar em ação penal e punição correta.

A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito Penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. 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. (GOMES, 2007, p.156)

Entretanto, o posicionamento contrário argumenta que o Artigo 28 criou um tipo penal que por si só, já é considerado de mínimo potencial ofensivo. Ademais, a própria pena cominada pela infração nos demonstra isso, ou seja, caso fique configurado o delito, e a quantidade da droga for pequena, o Juiz poderá aplicar a pena de simples “advertência sobre os efeitos da droga”.

O §2º do Art. 28 da Lei nº 11.343/06, dispõe:

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.

(...)

§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.

Ora, se para determinar que a droga destinava-se para o consumo pessoal, e não para o tráfico, o requisito é a quantidade da substância apreendida, isso já nos leva a entender que não há espaço para a aplicação do princípio da insignificância, pois, se o infrator for pego com uma quantidade pequena, independente, se ínfima ou não, já recairia no artigo 28. Nesse sentido, a seguinte decisão do STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE DROGAS PARA USOPRÓPRIO. QUANTIDADE ÍNFIMA. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.** DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA PELA LEI N.11.343/2006. INOCORRÊNCIA. FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. INTERRUÇÃO DA CONTAGEM DO TEMPO PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI N.12.433/2011. NORMA POSTERIOR MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Esta Corte possui o entendimento de que “a **pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) não afasta a tipicidade da conduta**”. (grifo nosso).

Ademais, sabe-se que o objeto jurídico tutelado pelo artigo 28 é a saúde pública e individual do indivíduo, uma vez que a conduta de portar droga para consumo pessoal não atinge tão somente a esfera particular do infrator, mas toda a coletividade, tendo em vista o potencial ofensivo do crime.

Entretanto, com esse propósito, coloca-se um indivíduo que nada feriu nem a si próprio, e muito menos a sociedade, sob a incidência do Direito Penal, que deve ser resguardada para casos em que se verifique real necessidade. Para isso é necessário ter a base do que é um crime de perigo presumido ou abstrato.

Os crimes de perigo abstrato são aquelas infrações que apresentam apenas uma conduta, sem apontar propriamente um resultado danoso como elemento para configurar o delito, ou seja, eles não estabelecem que haja uma lesão ao bem jurídico ou ao menos que este esteja em um risco real. E essa é a justificativa adotada pela jurisprudência, pautando pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, pelo fato do crime de porte de drogas para consumo pessoal caracterizar um crime de perigo abstrato, assim bastando a realização da conduta para que se presuma o perigo ao bem tutelado.

Apesar da discussão apresentada, é possível verificar que em relação ao crime de tráfico de drogas, a jurisprudência vem resistindo firmemente na ideia de não aplicação do princípio da insignificância penal. O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento afirmando, que o crime de tráfico de substâncias entorpecentes é um crime de perigo presumido, não tendo qualquer importância o fato de ser ínfima a quantidade ou não, bastando que o crime seja consumado para a sua caracterização. A jurisprudência:

1. Princípio da insignificância e tráfico de entorpecentes. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que **não se aplica o princípio da insignificância** ao delito de tráfico de entorpecentes: precedentes. De qualquer sorte, as circunstâncias do caso, especialmente se considerada a espécie da substância apreendida e a forma como estava acondicionada, não convencem de que o fato pudesse ser considerado penalmente insignificante. 2. Tráfico de entorpecentes: ausência de dados concretos que justifiquem a afirmação de inexistência de justa causa para a ação penal ou de atipicidade da conduta imputada ao paciente. 3. Corrupção ativa: improcedência da premissa da impetração de que o delito de corrupção ativa era de consumação impossível, dado que o policial tem poder de fato de não efetivar a prisão em flagrante (C. Penal. art. 17). **(grifei)**.

Em relação ao crime de porte de substância entorpecentes no âmbito da justiça militar, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela admissão do princípio da insignificância, descrevendo requisitos de ordem objetiva, autorizadores da aplicação, ou seja, pela ausência de periculosidade social da ação, mínima ofensividade da conduta e a reduzida reprovabilidade do comportamento. A seguir a ementa:

HABEAS CORPUS. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PEQUENA QUANTIDADE. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.** ORDEM CONCEDIDA.
 Não constitui crime militar trazer consigo quantidade ínfima de substância entorpecente (4,7 gramas de maconha), em atenção ao princípio da insignificância. Ordem concedida para absolver o paciente. **(grifo nosso)**.

Contudo, antes do julgado supramencionado no próprio Supremo, a decisão sobre a aplicabilidade ou não do princípio era confusa. A seguir a decisão:

EMENTA Habeas Corpus. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.

2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte.

3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica.

4. Habeas corpus denegado e liminar cassada.

É difícil firmar um posicionamento firme em relação à controvérsia. Porém, é preciso valorar que a despenalização da conduta de posse para consumo pessoal, ocorreu para que o usuário não seja tratado como um criminoso, mas sim como uma pessoa que necessita de auxílio. Logo, se o indivíduo for pego com quantidade ínfima, e seja um dependente, ele necessita das medidas impostas. E como a quantidade da substância apreendida é ínfima, o Juiz aplicará o inciso I do Artigo 28 da Lei nº 11.343/06, advertindo o indivíduo dos efeitos da droga, de extrema necessidade a este, não utilizando desta forma o princípio da insignificância.

Por outro lado, ressalta-se que o Direito Penal deve ser utilizado como a última via. O âmbito judiciário está abarcado por inúmeros processos ainda sem resolução, gerando morosidade ao judiciário. Situações como essas, de ínfima quantidade de droga, que não causam nem mesmo abalo ao bem jurídico próprio tutelado, deve provocar a sua atipicidade.

Ademais, não aplicar o princípio da insignificância, é demonstrar desproporção entre a aplicação da pena e a real conduta do indivíduo, mas para isso é necessário realizar a valoração fática em cada caso concreto.

Para João José Leal (2010, p.67):

Assim, sendo, parece-nos que, apesar do entendimento geral contrário a sua admissão, a jurisprudência continuará aplicando o princípio da insignificância aos casos de quantidade realmente ínfima de droga, com o objetivo de livrar o portador de um eventual processo judicial, mesmo na hipótese em que a pena aplicável seja uma medida restritivo-educativa. Por outro lado, parece-nos, também, que nos casos de ínfima quantidade de droga, a possibilidade de aplicação de uma simples advertência poderá constituir-se numa alternativa bastante capaz de evitar (ou ao menos, de esvaziar) a necessidade de se recorrer ao princípio da insignificância.

Luiz Flávio Gomes, explica como é o procedimento quando verificada uma hipótese fática de incidência do princípio da insignificância, em relação à Autoridade Policial, Ministério Público e o Juiz:

A autoridade policial não pode proferir “decisão definitiva” sobre a insignificância da conduta ou do resultado (inclusive no caso de drogas). Sua atribuição primordial consiste em registrar o fato e deve fazê-lo (desde logo) num termo circunstanciado (quando se trata de fato insignificante). Se para a infração de menor potencial ofensivo essa é a solução legal, para o menos (fato típico) não pode ser diferente. A autoridade policial não pode arquivar o procedimento investigatório (TC, inquérito policial, etc.). Cabe-lhe registrar tudo (num TC) e enviar ao juízo competente, sendo certo que o Ministério Público pedirá o arquivamento desse TC em razão da atipicidade (material). Ao Juiz (não à autoridade policial) cabe determinar o arquivamento (CPP, arts. 28 e 17). Nenhuma sanção pode recair sobre quem pratica uma conduta absolutamente insignificante. Se o Ministério

Público, em lugar de pedir o arquivamento fizer proposta de transação penal, impõe-se que a defesa solicite ao Juiz o reconhecimento da insignificância (que não admite nem sequer sanções alternativas consensuadas). O caso é de arquivamento, reconhecendo-se a atipicidade material do fato. E se o Juiz insistir na transação penal? Só resta o caminho do habeas corpus contra o Juiz dos Juizados (esse HC deve ser dirigido às Turmas Recursais). Não se obtendo êxito nas Turmas Recursais, só resta levar o assunto ao STF (que é o competente para reconhecer e julgar HC contra as Turmas Recursais). (GOMES, 2007, p.158)

Dessa forma, apesar da desarmonia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância penal nos crimes relacionados ao porte de drogas para consumo pessoal, a nova Lei de Drogas foi omissa quanto ao ponto, sendo assim, continua aplicável o entendimento do STF, defendendo a impossibilidade de reconhecimento do referido princípio.

6 DESCRIMINALIZAÇÃO, LEGALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

A nova lei de drogas trouxe consigo uma enorme discussão acerca de qual é natureza da decisão político-criminal seguida pelo art. 28, em relação ao usuário de drogas, apesar de o STF já ter se posicionado em relação ao tema, muito ainda se tem discutido na doutrina. Mas afinal, qual foi o intuito do legislador na Lei nº 11.343/06?

A Lei nº 6.368/76 previa para o usuário e/ou dependente de drogas como sanção, a pena de detenção, logo, a conduta era considerada sem dúvida alguma como crime, prevendo em seu artigo 16, pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Entretanto, com o advento da Lei nº 11.343/06, substituiu-se a pena privativa de liberdade para:

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.

Sendo assim, surgiu-se a discussão para compreender se a inovação legislativa nos trouxe a ideia de descriminalização ou da despenalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal. Sabe-se que em termos de política criminal, a Lei nº 11.343/06, não atendeu a corrente que defende a pura e simples descriminalização da conduta do porte para uso pessoal de drogas (descriminalização substancial), entretanto, também não manteve o que a Lei nº 6368/76 determinava, ou seja, pena privativa de liberdade ao infrator, o que demonstra um avanço, pois optou-se por um modelo de ajuda ao dependente e fortemente eficaz.

Dessa forma, como a lei não admite o uso de prisão para o infrator, nem mesmo no caso de reincidência e/ou no caso de descumprimento das sanções determinadas pelo Juiz, na prática, o usuário de drogas é excluído do controle penal prisional.

6.1 A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO FORMAL DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Para a discussão acerca da temática, primeiramente é necessário entender a conduta de descriminalização, que para Luiz Flávio Gomes, o qual foi primeiro doutrinador a tratar sobre o tema, entendeu serem três as espécies de descriminalização, veja:

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não retirado campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial).

Na primeira hipótese (descriminalização formal), o fato continua sendo ilícito (proibido), porém, deixa de ser considerado “crime”. Passa a ser um ilícito *sui generis* (como é o caso do art. 28). Retira-se da conduta a etiqueta de “crime” (embora permaneça a ilicitude). Descriminalização formal, assim, não se confunde com a descriminalização substancial, que concomitantemente legaliza a conduta. Sempre que ocorre o processo de descriminalização é preciso verificar se o fato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se – embora não configurado um “crime” - continua sendo contrário ao direito. (GOMES, 2007, p.120)

Sobre a ideia de despenalização o mesmo autor descreve que:

Despenalizar é outra coisa. Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza) O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95, por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão). (GOMES, 2007, p.121)

Para Luiz Flávio Gomes, o que ocorreu com a posse de droga para consumo pessoal foi à descriminalização formal, ou seja, deixou de ser considerado crime, mas não de ser um ilícito, continuando no ramo do Direito Penal como uma infração penal *sui generis*, pois não se constitui em crime, nem contravenção, nem ilícito civil ou administrativo. Para este doutrinador, além da descriminalização formal, houve a despenalização, ocorreu um processo misto, mas não houve de forma alguma a legalização da droga (descriminalização substancial).

Sabe-se como já foi explicado no presente trabalho, que tudo o que a Lei menos queria, era entender o usuário e/ou dependente como “criminoso”, e sim como alguém que necessita de auxílio, até porque a própria lei concebeu um caráter mais preventivo do que repressivo, mas o próprio STF já decidiu que o art. 28 da Lei nº 11.343/06, é considerado como crime, conforme a seguir.

Mas, para a corrente que defende que houve a descriminalização formal do porte de drogas para consumo pessoal, o entendimento é o do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que dispõe:

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

Sobre o tema relativo ao artigo supramencionado, João José Leal coaduna-se o seu pensamento com Luiz Flávio Gomes, na tentativa de não considerar como crime a conduta de porte de drogas para consumo pessoal.

Assim sendo, na correta linguagem jurídico-penal e de acordo com o nosso direito positivo, a expressão infração penal deve ser tratada como o gênero de uma categoria maior do qual crime e contravenção são considerados com suas espécies. Desta forma e segundo a própria lei positiva, somente é possível referir-se à categoria “crime” em relação ao tipo penal sancionado com uma das duas espécies de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), de forma isolada ou cumulativa. Se a pena reclusiva ou detentiva não constar do preceito secundário como uma das formas de sancionar determinada conduta, não cremos ser correto afirmar que tal infração pode ser chamada de “crime”. (LEAL, 2010, p.47)

E continua:

Por isso, ao nosso ver, ocorreu uma descriminalização formal ou branca da conduta ora sob exame. É evidente que a conduta continua com sua marca legal de tipicidade e de ilicitude penal. É, portanto, um ilícito penal. Mas não pode ser formalmente considerado como “crime”. Entendemos que, com a vigência do art. 28, caput, o sistema brasileiro passou a contar com uma terceira espécie e infração penal ainda inominada, ao lado do crime e da contravenção. Esta nova espécie de infração bem que poderia ser chamada de infração penal sujeita a medidas restrito-educativas ou de mínimo potencial ofensivo ou, ainda, de infração penal sem consequência prisional. (LEAL, 2010, p.51)

Nesse caso, se a própria lei penal determinou como crime as infrações penais cominadas com pena de reclusão e detenção, é certo que a conduta do usuário de drogas não é considerada de forma alguma como crime. Ademais, a doutrina entendeu como crime a conduta típica, ilícita e culpável para a qual está

prevista uma pena de natureza penal, o que não se verifica no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Sobre a Lei de Introdução ao Código Penal, Luiz Flávio Gomes:

Ora, se legalmente- no Brasil- “crime” é infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada, cumulativamente ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos- art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). (GOMES, 2007, p.122)

Sendo assim, caso se afirme que a conduta de consumir drogas é crime, cria-se uma nova espécie de infração criminal, cominando penas distintas da detenção e da reclusão, ou seja, o sistema penal estaria convivendo com duas espécies de crime, a descrita no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, e a descrita na nova Lei Antidrogas, haja vista, que seguir o contexto de que o porte de drogas para consumo pessoal é crime, seria o único crime não punido na forma do artigo supramencionado.

Por outro lado, Renato Marcão diverge dos posicionamentos ora mencionados, adotando o posicionamento do STF, afirmando que a conduta é crime:

É certo que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na Parte Geral do Código Penal da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209, de 13-7-1984), e menos ainda com o status que passaram a ser tratadas com o advento da Lei n. 9.714/98. O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e em por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não resolve a questão, segundo entendemos. As molduras estreitas que decorrem do referido dispositivo legal não permitem uma melhor visão da realidade atual e, em decorrência, não se prestam a uma completa, acabada e irretocável classificação do que seja ou não crime ou contravenção, nos limites que a Lei de Introdução cuidou de definir. (MARCÃO, 2008, p.60)

Para este doutrinador, como o Código Penal é de 1940, e está desatualizado, não refletindo a realidade da sociedade atual. Desta forma, ele não pode trazer uma classificação completa e irretocável do que é crime ou contravenção penal. Aliás,

em 1940, nem se pensava ainda em outra pena a não ser a de detenção ou retenção.

Outro argumento utilizado pelo doutrinador Andrey Borges de Mendonça, é a questão dos princípios constitucionais. O princípio da individualização da pena, consiste na necessidade de adaptar à pena a pessoa do criminoso, analisando as circunstâncias do delito, da legalidade estrita, do devido processo legal, entre outros.

O que não merece prosperar, pois não determina argumento válido para dizer que continua sendo crime ou deixou de ser.

Realmente, a caracterização ou não de uma conduta como delito passa pelo regime jurídico a que está submetido o ilícito. No caso do porte para consumo próprio, todos os princípios penais relativos às infrações penais, notadamente aqueles previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal, continuam sendo aplicáveis, apesar de as sanções não serem mais privativas de liberdade. Apenas para citar alguns exemplos, a pena deverá ser proporcional à infração, não poderá passar da pessoa do criminoso, deverá respeitar os princípios da legalidade estrita e da individualização da pena e deverá ser imposta pelo processo (*nulla poenae sine iudicio*), observado o princípio do devido processo legal entre outros.

Ademais, a própria Constituição delega ao legislador a possibilidade de estabelecer aos crimes outras penas que não a privativa de liberdade e a multa. Neste sentido, o art. 5º, XLVI, determina que: “A lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras, as seguintes: a) privação da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. (MENDONÇA, 2007, p.61)

É preciso afirmar também, que para aqueles que seguem este posicionamento, afirmam que o artigo 28 encontra-se no Capítulo “Dos crimes e das Penas”, o que demonstra expressamente a intenção do legislador em classificar a conduta como crime, apesar de não determinar qualquer pena privativa de liberdade.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal seguiu este posicionamento:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06- nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP- que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção- não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime- como o fez o art. 28 da L. 11.343/06- pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente

disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L 11.343, art. 30).

5. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo das penas privativas de liberdade.

6. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L.11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06. Pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

6.2 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA DECRIMINALIZAÇÃO FORMAL DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Para o Supremo Tribunal Federal, não ocorreu *abolitio criminis* em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal e que a conduta continua sendo crime, em relação a Lei nº 11.343/06. O que ocorreu foi uma despenalização, retirando as penas privativas de liberdade impostas pela antiga legislação (Lei nº 6.368/76) como sanção para a eventual transgressão do tipo penal.

Entendeu-se também, que não há o que se falar em infração penal *sui generis*, pois traria sérias consequências para o ordenamento jurídico, tais como a impossibilidade da conduta pode ser enquadrada como ato infracional, pelo Estatuto da Criança e Adolescente, já que não seria nem crime e nem contravenção penal e a dificuldade de determinar seu regime jurídico.

Além disso, retirou-se o entendimento de parte da doutrina que o art.1º da Lei de Introdução ao Código Penal seria empecilho para criar-se crime sem pena de detenção ou retenção. Para o Supremo Tribunal Federal, este dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impede que lei ordinária posterior adotasse requisitos gerais de diferenciação ou impusesse pena diversas das restritivas de liberdade.

Por fim, afirma que não foi por mero equívoco que o legislador colocou a infração relativa ao usuário de drogas no capítulo chamado de “Dos crimes e das

Penas”, e sim por um motivo muito claro: a conduta de portar drogas para consumo pessoal é considerada crime.

6.3 A CORRENTE QUE DEFENDE A LEGALIZAÇÃO

Há uma corrente, também que defende que o crime descrito no artigo 28 da Lei Antidrogas não é crime e nem pertence ao Direito Penal, ou seja, adotando o posicionamento de uma descriminalização substancial, ou seja, da legalização.

Sobre essa corrente, a seguinte decisão:

1- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2- O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade e afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Esta decisão se pauta na ideia de que não é possível impor uma sanção penal a alguém por um perigo abstrato e tampouco por uma conduta que não afetou a terceiros. Fundamenta-se nos princípios constitucionais, como o da ofensividade, pois não há crime se não houve qualquer afetação a um bem jurídico, ou seja, além de realizar a conduta descrita no texto legal, é necessário mais, além da tipicidade formal, impõe-se que a conduta seja ofensiva ao bem jurídico tutelado. Além deste, o princípio da igualdade, haja vista ter diversas outras “drogas” que não são impostas qualquer sanção, como por exemplo, a bebida alcoólica e o princípio da intimidade, afirmando que o Estado não tem direito de invadir a privacidade do indivíduo e proibi-lo de utilizar um produto que se tem vontade.

Nesse diapasão, não é afirmar que esta é melhor forma de determinar a natureza da conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Pelo primordial motivo de não mais ver o usuário de drogas e dependentes como um criminoso, e isso é de suma importância.

A própria lei ao descrever as medidas sancionatórias, deixou claro que não quer mais ver o dependente químico ou o simples usuário como alguém perigoso,

mas alguém que tem necessidade de tratamento especializado. Dessa forma, acredita-se que houve a descriminalização formal e a despenalização.

Para fundamentar esse posicionamento, demonstra-se aqui a própria justificativa do Senado Federal, de autoria do Senador Sérgio Cabral, sobre o afastamento da prisão como sanção para o simples portador de drogas para consumo pessoal e sobre a impossibilidade de tratar o usuário de drogas, como um criminoso:

A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarros, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo.

Sobre a corrupção policial nem é preciso se alongar. Mesmo com a extinção de pena privativa de liberdade para os usuários, a corrupção é constantemente vista no crime de tráfico de drogas. Os policiais capturam o indivíduo e pedem dinheiro em troca de sua liberdade, é o mais comum de se ver. Se existe, hoje, em dia com o crime de tráfico de drogas que é muito mais difícil de configura-lo, imagine quando havia a pena aos usuários e dependentes, era um verdadeiro caos.

Mas além da natureza da conduta, há muito discussão sobre o tema envolvendo a descriminalização das drogas. Muitos setores da sociedade, querendo que algumas substâncias entorpecentes ou todas, sejam por fim, legalizadas. É um assunto, que ainda vai ser debatido por muitos e muitos anos adiante.

6.4 FHC E A DESCRIMINALIZAÇÃO

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso é um forte defensor da descriminalização das drogas, propôs até mesmo um filme sobre o assunto e talvez seja o maior patrono da causa no Brasil. Criou uma comissão integrada por também, ex-presidentes latino americanos, da Colômbia e do México, com o intuito de defender a regulamentação das drogas, com o motivo primordial de que, a guerra com as drogas traz um aumento absurdo da violência e é um esforço perdido.

Para o ex-presidente, a briga contra as drogas é um verdadeiro fracasso. Afirma que o ser humano aprecia as drogas, sejam elas ilícitas ou não, e com isso

não tem jeito, é tentar brigar com algo que é impossível de combater, pois o usuário e principalmente o dependente das substâncias entorpecentes não vão deixar de utiliza-las por serem proibidas, vão atrás delas de alguma forma, e o que isso causará? Obviamente, ocasionará violência atrás de violência, e o lucro a pessoas que não deveriam se beneficiar disso.

Se o consumo de substâncias entorpecentes deixar de ser crime, e o usuário não for mais tratado como um “criminoso”, o tráfico e tudo que for ligado a ele, vai se desestimular, como por exemplo, a venda ilegal de armas, marginalidade, violência, crime organizado.

Fica claro, que a intenção do ex-presidente é de proteger a sociedade, mudando a ideia moralista e repressiva de combate às drogas, por uma medida liberalista, mas ao mesmo tempo voltada ao tratamento do usuário, e principalmente a saúde pública. Para ele, que mais se beneficia da proibição das drogas é justamente o traficante e os policiais corruptos, e não o cidadão, que deveria ser o mais beneficiado em todos os aspectos.

Fernando Henrique Cardoso foi corajoso, ao adentrar no mérito da descriminalização e discutir um tema de suma importância. Apesar, de muitos não concordarem com o tema, é preciso discutir para se chegar a um lado benéfico para toda a sociedade, sem essa discussão não há avanço.

Entretanto, ao realizar passeatas e levar à discussão as ruas, como muito já foi visto, só gerou um caráter ainda mais repressivo por parte da polícia, não aceitando de forma alguma a discussão do tema, isso é um verdadeiro retrocesso, diante do Estado Democrático de Direito, que permite a liberdade de expressão.

A marcha da maconha que ocorre há vários anos em São Paulo, vem sendo fortemente reprimida pela polícia, e não deveria estar ocorrendo mais isso. A própria Constituição Federal dispõe sobre a liberdade de expressão, entretanto sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela liberação, haja vista, ser um ponto de vista da sociedade.

O importante a citar aqui sobre o caso do Fernando Henrique Cardoso, é que depois de tantos anos de repressão ao consumo e tráfico de drogas, o que mais ocorreu foi o seu avanço, o que demonstra que o caráter repressivo do combate não é benéfico. São anos e anos de luta, de uma verdadeira guerra e que não vem tendo

sucesso algum, pelo contrário, é gasto uma fortuna de dinheiro e o retorno é só o crescimento do poder do tráfico e conseqüentemente a violência.

Para Fernando Henrique Cardoso, é preciso haver uma regulamentação do uso. Um exemplo disso é a Holanda, que vende maconha em cafés pela cidade, contudo, não é aberto o uso indiscriminado, vale ressaltar que regulamentação não é a mesma coisa de legalização.

Lá, a regulamentação diz que indivíduo não pode utilizar a maconha nas ruas e nem fora dos cafés, para que se utilize somente nos locais onde é adequado sem que haja a repressão da polícia, isso faz com quem os jovens não fiquem curiosos para a utilização, pois é regulamentado, e com isso é comum. Na Holanda, qual foi o resultado desta política pública? A diminuição do consumo.

Sendo assim, observa-se ser um modelo de sucesso, e isso não é só com a maconha, mas com outras drogas também. Existem lugares especializados que cidadão consome a droga, mas tem assistência médica para que o indivíduo não venha a ter uma overdose, então é um avanço espetacular que talvez se fosse adotado no Brasil, poderia dar certo, segundo o ex-presidente.

Um dado a citar aqui, é que 80% dos usuários de drogas, são usuários de maconha. Então, porque é que em um lugar do mundo o indivíduo pode utilizar a droga em “bar”, sem violência e sem repressão, e em outro, para o cidadão ter a mesma droga, o mesmo precisa lidar com pessoas perigosas, municadas e que lucram com algo que só gera mais violência? É uma questão a se pensar.

Sendo assim, Arnaldo Jabor fala sobre a descriminalização da maconha, em seus comentários:

Qualquer estudo sério sobre o tráfico de drogas concluiu ou conclui que é impossível o controle desse crime que move bilhões de dólares no mundo. Os especialistas sabem que a única coisa próxima de uma solução, seria a liberação de várias drogas, mas a lógica repressiva não se permite nem pensar nisso. No caso da maconha, por exemplo, a maconha não produz violência, o que causa mortes brutais e doenças terríveis são a cocaína, a heroína, o crack e outras drogas pesadas. A maconha é proibida muito mais pelo preconceito e pela superstição, do que pelos seus males reais, a cocaína não, mata e faz morrer. A maconha é vista com tanto terror que é vista como erva do diabo. Mas a *Cannabis Sativa*, pode até produzir potentes remédios contra o glaucoma, a náusea que a quimioterapia produz para gente que tá com câncer ou com AIDS, além de possibilitar a fabricação de remédios calmantes ou contra insônia. No entanto, a caretece americana vê a maconha como um demônio, porque tira o sujeito da consciência, da produção obsessiva do capitalismo. O problema é que o tráfico de drogas dá lucro justamente por ser proibido, pior, há quem diga que se coibir demais o tráfico de cocaína, de maconha e outras drogas, os

bandidos no Rio vão se dedicar a assaltos descendo o asfalto, ou seja, enquanto mais proibida, mais perigosa e mais lucros dão aos traficantes, mas um dia, os caretas oficiais irão descobrir isso. (JABOR, 2009)

Fernando Henrique Cardoso, em relação à maconha, afirma que o certo não é legalizá-la, mas descriminalizar e regularizar, similar ao que houve na Holanda. É um campo muito estreito e de difícil compreensão, o de legalizar e descriminalizar com regularização, pois na legalização, o Estado vai lhe dando o direito de utilizar e no outro lado não.

Sobre os efeitos que a maconha produz no indivíduo, o Dr. Elisaldo Carlini, especializado em drogas pela Unifesp, e estuda o tema a mais de 40 anos e trata dependentes, afirma que:

Não há droga inofensiva, qualquer coisa depende da dose e da necessidade do indivíduo, agora a maconha entre as drogas que são utilizadas sem finalidade médica, para fins de divertimento, para fins de recreação, ela é bastante segura. Eu defendo totalmente o uso terapêutico da maconha, e defendo totalmente a descriminalização. Eu não sou a favor da legalização, simplesmente liberar para o uso social, recreativo a não ser que haja previamente uma ampla campanha de esclarecimento, dizendo exatamente os efeitos que a maconha produz. (CARDOSO, 2001)

Entretanto, o fato é que não se pode simplesmente fechar os olhos e fingir que ninguém utiliza esta droga, é necessário alertar esses usuários dos males que ela pode trazer ao indivíduo.

Ademais, o prosseguimento lógico da descriminalização é a legalização, mas para se chegar a esse ponto, é imprescindível que a sociedade venha a debater o tema, para se chegar um consenso geral de como regularizar essa legalização, pois não é só legalizar e pronto, é necessário ter algo concreto e estudado para que a legalização venha a ser da melhor forma possível. E no Brasil, para se chegar à legalização, ainda falta muito, principalmente porque não há educação, assistência médica necessária.

O Brasil, sem dúvida alguma, não tem estrutura para tratar os dependentes de drogas, e o que ocorre, é uma política falha, e por isso, é mais fácil a repressão e não a prevenção. As pessoas dependentes, continuam nas ruas ou vagando pelos sistemas de saúde sem qualquer auxílio eficaz. O Estado não dá subsídio a essas pessoas, e elas ficam desassistidas.

É impossível, realizar a descriminalização da forma como é posta pelo ex-presidente, se não existem sérias políticas públicas no intuito de auxiliar os

dependentes e guiar aqueles que ainda não estão nos caminhos das drogas. Se, o que é utilizado de verbas para a repressão das drogas fosse gasto na educação, já seria um enorme avanço.

6.5 O MODELO PORTUGUÊS

Observa-se que o modelo de repressão e proibição não é a melhor forma de tratar o caso. Diante do insucesso dos modelos proibicionistas, surge a ideia da implementação da descriminalização na cabeça dos juristas, modelo adotado por Portugal, em 2001.

Em Portugal, o índice de usuários de drogas era alto demais, principalmente ao uso de heroína. O problema é que a heroína é uma droga injetável, e o seu uso sem as precauções devidas pode causar doenças malignas como AIDS e a Hepatite.

A ideia principal era de retirar as condutas relacionadas ao uso de drogas da incidência do Direito Penal, e passando a serem apenas violações administrativas. Com isso, as pessoas que realizassem as condutas seriam levadas para onde deveriam estar, no âmbito do sistema de saúde, já que esse é o bem jurídico tutelado.

Antes da implementação do modelo de descriminalização, Portugal, nos anos 90, via a repressão como a melhor forma de diminuir o problema das drogas, levando ao sistema carcerário, tanto os traficantes, quanto os usuários de entorpecentes. Sendo assim, a repressão causou um temor na sociedade de modo que o indivíduo não ia mais buscar auxílio do governo ou mesmo tratamento de saúde, já que o usuário era visto como um verdadeiro “criminoso”.

Qual o resultado deste tratamento repressivo? O aumento das mortes, relativas às doenças malignas e o aumento do uso e da traficância das drogas. Com isso, o governo português chegou à conclusão de que, enquanto mais se reprimia mais se aumentava o consumo, ou seja, a repressão não era a solução, e sim um dos problemas.

Era necessário largar de mão políticas tidas como corretas e razoáveis, para se ter em mente políticas concretas e eficazes, capazes a resolver os problemas

vivenciadas em Portugal na presente década. Dessa forma, o Estado buscou uma alternativa que aproximasse o usuário do Governo, já que motivadamente, a separação só gera transtornos, e principalmente para que os usuários tenham tratamento adequado, preventivo e de reintegração destes dependentes.

Há, uma difícil tarefa do Juiz na legislação brasileira para diferenciar quando o porte de droga se destina ao consumo pessoal ou para a traficância, porém, em Portugal, delimitaram a quantidade que deve se destinar ao consumo próprio. Determinaram um requisito temporal, ou seja, será considerada para consumo pessoal aquela que se fizer pelo prazo máximo de dez dias.

Entretanto, e conseqüentemente lógico, a ideia foi fortemente debatida através dos políticos conservadores da época e pela mídia do mundo inteiro, afirmando que se tratava de uma legislação liberal demais e que Portugal se tornaria no “gueto de drogas da Europa”.

A primordial tese contra a descriminalização em Portugal era de que a implementação do modelo levaria a um consumo exacerbado das drogas, já que estariam de certa forma liberadas, fazendo com que o país se transforme em um destino para aqueles que buscam o uso livre da substância entorpecente.

Porém, calando todos que seriam contra a descriminalização, a política se tornou em um sucesso. O tráfico de drogas e a incidência de outros problemas relacionados às drogas, como doenças sexualmente transmissíveis ou mortes por overdose, diminuíram bastante. Apesar, de ter um havido um aumento no consumo das drogas em adultos, foi possível verificar a diminuição significativa entre os jovens, realizando um estudo comparado com os demais países da União Europeia.

As verbas que eram gastas com o combate e repressão das drogas, agora são utilizadas com tratamentos especializados, campanhas de saúde e de educação, ou seja, o dinheiro agora é gasto com medidas preventivas e de tratamento.

Mas será que é possível adotar essas medidas em outros países? Sobre o tema, Glen Greenwald, jornalista e comentarista político, que elaborou um relatório para o instituto CATO/EUA, afirma:

No fim das contas, o único argumento contra a descriminalização é que ela iria levar a um enorme aumento das drogas. Até pessoas que se opõem ao que escrevi admitem que isso não aconteceu em Portugal. Os argumentos foram: “vamos transformar Lisboa em um porto para o narcoturismo. Se você considerar as pessoas referidas como usuárias de drogas, 98% era portuguesas, e isso era assim já antes. Antes dessa lei entra em vigor,

havia precisamente a controvérsia que se espera que haja em qualquer lugar; se você fosse um político você iria evitar o tópico para proteger sua carreira política.

Quanto ao resto, “Portugal é um país pequeno, a cultura é diferente”,... Para mim, isso é um argumento vazio. Se fosse uma vila de 20 pessoas, você talvez não pudesse estender isso para um país de 280 milhões. Mas se a descriminalização funciona para 10 milhões, por que não iria ser extensível para países maiores?. (GREENWALD, 2014)

Contudo, não é tão simples como parece, haja vista, que são culturas diferentes, logo, devem ser tratamentos desiguais. Entretanto, não custa debater o tema, e demonstrar que medidas preventivas e de descriminalização como é o caso de Portugal, podem ser uma alternativa eficaz.

7 PORTE PARA CONSUMO PESSOAL OU TRÁFICO DE DROGAS

Outra questão, bastante polêmica diz respeito ao difícil papel do Juiz em diferenciar o usuário do traficante de pequena quantidade. Se, o indivíduo é pego com uma quantidade de droga pequena, mas essa quantidade se destinava ao tráfico, como é possível se ter um argumento válido para indicar que realmente se tratava de tráfico de drogas? Ou o contrário, do indivíduo que é pego com uma quantidade razoável, mas tudo se destinava ao seu consumo pessoal?

Além disso, é possível verificar no próprio texto legal, que os tipos penais previstos nos artigos 33 e 28 da Lei nº 11.343/06, contém em suas redações, núcleos do tipo iguais, o que por si só dificulta o Juiz no âmbito da diferenciação fática das condutas.

O que se pode ter certeza, é que essa diferenciação não é um caso simples ao Juiz, pelo contrário, é de extrema dificuldade identificar se a conduta típica configura a hipótese de porte para consumo pessoal ou tráfico de pequena quantidade de droga.

O que muito ocorre na realidade, é o traficante ser pego com a substância entorpecente e alegar que se destinava ao consumo pessoal, sabendo que assim não será levada a pena privativa de liberdade. Por isso, a análise judicial se torna complicada.

Para o início da discussão acerca do tema, é necessário, primeiramente, transcrever a letra da lei para que haja o entendimento de quais são os critérios e principalmente como, em tese, é realizada essa diferenciação:

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

(...)

§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, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Como se pode verificar pelo texto normativo, muitos critérios foram criados para determinar que a droga se destinava ao consumo pessoal, ou seja: A natureza, quantidade da substância apreendida, ao local, as condições em que se

desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.

Apesar da imensidade de requisitos criados, há certa discricionariedade por parte do Juiz para determinar, se a droga se destinava realmente para o consumo pessoal. Além disso, a Polícia, ao abrir o inquérito policial, já determina qual destinação daquela droga e dificilmente o Juiz muda esse posicionamento. Logo, existe discricionariedade tanto para a polícia, quanto para o Juiz, cabendo a eles analisar diante do caso concreto sobre o enquadramento típico ao delinquente.

Entretanto, apesar de saber que a última palavra sobre a dúvida existente é dada pelo Juiz, é certo que a autoridade policial, quando tem o conhecimento do fato é quem vai decidir entre o usuário e traficante, já que primeiro vai ele e depois para o Juiz.

Do Juiz ou da autoridade policial espera-se uma fundamentação convincente (baseada nos fatos provados) para o devido enquadramento típico do fato. No §2º que estamos comentando, a Lei fez expressa referência tão somente ao Juiz. Na verdade, também a autoridade policial se encarrega da responsabilidade de classificar o fato (no art. 28 ou 33, basicamente). Quando ocorre prisão em flagrante ou quando ausente a autoridade policial, o fato é levado ao conhecimento da autoridade policial, a quem compete fazer a devida distinção (entre usuário ou traficante). (GOMES, 2007, p.62)

Sobre os critérios diferenciadores, João José Leal, emite sua opinião, afirmando:

Nesse terreno tão pantanoso da existência humana, a pequena quantidade pode ser um indicador (mas, não necessariamente) de que a droga destina-se ao consumo pessoal do portador ou guardador. Em consequência e para enfrentar essa difícil tarefa diferenciadora e identificar se, no caso concreto, a conduta estava sendo praticada por um simples consumidor ou por um traficante de drogas, a nova lei determina 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 (art. 28, §2º). Verifica-se que a lei estabelece os elementos e as circunstâncias a serem, obrigatoriamente, analisados pelo Juiz a fim de decidir se o caso é de porte para consumo pessoal ou de tráfico. O dispositivo, ao fixar os marcos intransponíveis do espaço de liberdade e de convicção pessoal do Juiz, tem a finalidade de objetivar os motivos da decisão judicial. Porém, é inevitável que o Juiz disponha de um certo grau de discricionariedade para apreciar, no caso concreto, a presença, a dimensão e a relevância de cada um dos elementos e circunstâncias no referido parágrafo. (LEAL, 2010, p.67)

Sobre o mesmo tema dos requisitos do Artigo 28, §2º da Lei de Drogas, Alexandre Brizotto disserta:

Todos os critérios apontados têm o seu peso e precisam ser relativizados para que não se forme uma armadilha interpretativa. Cada caso fático tem suas peculiaridades, que deverão ser exploradas e fundamentadas pelo magistrado. Para se atingir um maior grau de transparência, defende-se que cada caso merece que todos os critérios legais colocados no artigo 28, §2º da Lei 11.343/06 sejam mencionados de forma fundamentada na decisão judicial, sendo que o princípio constitucional da presunção de inocência impõe valoração positiva para as situações em que não haja elementos de informação nos autos.

As lições de Brizotto são condizentes com a atualidade do judiciário. São decisões imotivadas que não se sustentam com a análise probatória e, por simples repressão, indicam ao simples usuário uma conduta muito mais pesada e injusta (tráfico de drogas), sem que o mesmo tenha agido com este intuito, transgredindo e ignorando completamente os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, estipulados na Carta Magna.

Fundamentar as decisões judiciais, mencionando todos os critérios impostos pelo §2ª do artigo 28 da Lei de Drogas seria mais justo e razoável para não haver injustiças, tidas como constantes na atualidade e ainda evitar afronta aos princípios constitucionais-penais.

Ou então, trazer novos requisitos mais concretos para delimitar, haja vista, a insuficiência das condições especificadas pela nova lei de drogas. Mas, é preciso que não haja decisões injustas, colocar um inocente na cadeia, é totalmente abominável.

Mas e se no caso concreto, apesar da análise das provas, o Juiz e autoridade policial não obtiverem êxito em comprovar, se a conduta realizada pelo indivíduo de portar drogas se destinava ao consumo pessoal ou tráfico de drogas, o que será feito nesse caso?

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que no caso concreto de dúvida, deve prevalecer a hipótese que seja mais favorável ao portador da substância entorpecente, ou seja, o porte para uso pessoal e não a traficância, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder, e principalmente por ausência de provas que façam destinar que o crime era de tráfico de entorpecentes.

TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE- PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA- INAPLICABILIDADE- TRÁFICO NÃO
CARACTERIZADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não havendo prova robusta da mercancia realizada pelo agente da droga apreendida deve ser procedida a desclassificação para o crime de posse de substância entorpecente para consumo próprio.

Vale dizer, que o usuário ou dependente de substância entorpecentes também pode ser um traficante, mas nesse caso, prevalece a conduta mais grave, ou seja, a conduta descrita no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Sendo assim, se o sujeito tem a droga, tanto para seu consumo pessoal, quanto para o tráfico de drogas, responderá pelo crime mais grave, ou seja, pelo tráfico de substância entorpecente.

É importante citar que a nova lei de drogas criou uma modalidade típica situada entre o consumo pessoal e o tráfico de drogas, o que ocasionou certo paralelo entre ambas às modalidades, do artigo 28 e 33, §3º da Lei 11.343/06. O artigo dispõe:

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:

(...)

§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.

Apesar de bem similar os textos legais de ambos, são notáveis algumas diferenças. Primeiramente, no fato de o artigo 28 tratar do consumo pessoal, ou seja, intransferível, porta a droga para a sua satisfação pessoal e de mais ninguém. Já o artigo 33, §3º, a uma utilização conjunta, ou seja, o indivíduo tem a droga para consumir com outra pessoa.

Entretanto, a mais notável diferenciação dos textos legais está na indicativa de “oferecer a droga”, isso dá o *animus* de disseminação, que é vedado pelo artigo 33, que trata do tráfico de drogas e não verifica na conduta de porte de drogas para consumo pessoal.

Vale ressaltar outra problemática em relação ao artigo 33, §3º. Se no caso concreto, o indivíduo oferecer a droga para alguém, mas este não o consumirem, e sim utilizarem a droga a fim de conseguir outros compradores para o produto ilícito, nesse caso, não recairá neste parágrafo, mas sim, no caput do artigo 33, e receberá a pena mais pesada.

Ainda é possível verificar muitas injustiças no judiciário em se tratando da problemática de diferenciação cabível ao Juiz. Dessa forma, é preciso debater o tema, e se chegar há uma conclusão eficaz, evitando assim iniquidades.

8 CONCLUSÃO

A conduta de portar drogas para consumo pessoal, ainda ocasiona muita discussão em todos os sentidos. É necessário debater o tema e se chegar a uma conclusão que nos leve ao avanço, tanto em relação ao Direito, quanto aos males que as substâncias entorpecentes causam para o indivíduo e à coletividade.

Ter uma conduta repressiva em relação aos usuários de drogas, já é bastante retrógrada, e totalmente ineficaz. A postura preventiva, conforme foi analisada no decorrer do trabalho, que proporcione redução do número de usuários, do tráfico de drogas e de doenças, é o caminho certo. A Lei nº 11.343/06 adotou esse caráter preventivo, ao retirar as penas privativas de liberdade para os usuários/dependentes de drogas, e inserir no texto legal, medidas alternativas. Além disso, inseriu a conduta no título em que tratam das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, o que nos demonstra a intenção do legislador, em conceber um caráter essencialmente preventivo ao usuário e entendê-lo como um sujeito de direitos, que tem sua liberdade e autodeterminação resguardadas.

Muito, se questiona se essa decisão do legislador foi a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo próprio. Pode-se dizer, primeiramente, conforme exposto na atividade, jamais se deve atribuir a denominação de “criminoso” aos usuários de drogas, este deve ser tratado como alguém que necessita de ajuda do Estado para se livrar da problemática das drogas.

É simples entender que havendo proibição, não fará com que o indivíduo pare de utilizar a substância entorpecente, mas que este busque a droga clandestinamente, e é justamente esse mercado que produz a violência, a lavagem de capitais entre outras.

Conferir alcunha de crime, ao portar drogas para consumo próprio é afastar o indivíduo do Governo e do sistema de saúde, que é onde ele buscará o auxílio necessário. É imprescindível ao Estado buscar políticas públicas eficazes para estes indivíduos, o que no Brasil, ainda é aguardado.

Porém, apesar dos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema da descriminalização, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a conduta constante no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 despenalizou, contudo continua sendo crime, apesar de retirar as penas de privação de liberdade, será punido com as penas alternativas, e será garantida a sua imposição através das medidas garantidoras.

Sobre a aplicação do princípio da insignificância penal, apesar da desarmonia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância penal, nos crimes relacionados ao porte de drogas para consumo pessoal, a nova Lei de Drogas foi omissa quanto ao tema, sendo assim, continua aplicável o entendimento do Supremo Tribunal Federal, defendendo a impossibilidade de reconhecimento do referido princípio.

Em relação à dificuldade do Juiz ao distinguir o mero usuário do traficante, apesar do avanço da nova lei em conceber vários requisitos para essa diferenciação, ainda é possível verificar fragilidade sobre o tema. É necessária uma medida com eficácia maior e com condições menos discricionárias ao Juiz, para que evitem as iniquidades ainda presentes no judiciário na atualidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp267a285.htm>. Acesso em: 25/08/2017.

____. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www.6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 23/08/2017.

____. Decreto nº 4.294, de 6 de Julho de 1921. Disponível: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>>. Acesso em: 23/10/2017.

____. Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 11/09/2017.

____. Decreto nº 24.505, de 29 de Junho de 1934. Modifica as arts. 1º, 3º, 5º, 14, 22, 25, 26 e 58, do decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24505-29-junho-1934-508459-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06/07/2018.

____. Decreto-Lei nº 891, de 25 de Novembro de 1938. Aprova a Lei de Entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 01/10/2017.

____. Decreto-Lei nº 385, de 26 de Dezembro de 1968. Dispõe sobre a adoção de medidas relacionadas com o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, altera as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.692, de 28 de julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103303/decreto-lei-385-68>>. Acesso: 20/10/2017.

____. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de Dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 22/09/2017.

____. Justificativa constante do Parecer 846, de autoria do senador Sérgio Cabral e anexada ao Projeto de Lei 115, que deu origem à atual Lei Antidrogas (Diário do Senado Federal, de 06.07.2006).

____. **Lei nº 3.114, de 15 de Março de 1957.** Dispõe sobre fiscalização de entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3114-13-marco-1941-413056-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20/08/2017.

____. **Lei nº 5.726, de 29 de Outubro de 1971.** Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-58075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso: 14/08/2017.

____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1976/6368.htm>>. Acesso em: 28/08/2017.

____. **Lei nº 10.409, de 11 de Janeiro de 2002.** (Revogada pela Lei nº 11.343, de 2006). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 10/09/2018.

____. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 171655-SP**, Sexta Turma, julgado em 18.10.2011. Relator: Sebastião Reis Júnior, Publicado no DJ em 17.11.2011. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21046973/habeas-corpus-hc-171655-sp-2010-0082418-9-stj>>. Acesso em: 10/09/2017.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 17956-SP**, Sexta Turma, julgado em 02.12.2001. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, publicado no DJ em 19.08.2002. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/286769/habeas-corpus-hc-17956-sp-2001-0096779-7-stj>> Acesso em 10/09/2017.

____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88820-BA.** Primeira Turma, julgado em 04.12.2006. Relatora: Ministra Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ em 19.12.2006. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758759/habeas-corpus-hc-88820-ba-stf>> Acesso em: 14/09/2017.

____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91074-SP.** Segunda Turma, julgado em 19.08.2008. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJ em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916276/habeas-corpus-hc-91074-sp-stf>>. Acesso em: 14/09/2017.

____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91759-MG.** Primeira Turma, julgado em 19.10.2007. Relator: Ministro Menezes Direito, publicado no DJ em 29.11.2007. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928185/habeas-corpus-hc-91759-mg-stf>>. Acesso em: 14/09/2017.

____. Supremo Tribunal Federal. **RE 430.105/QD/RJ**. Primeira Turma, julgado em 13.02.2007. Relator Ministra Sepúlveda Pertence, publicado no DJ em 26.04.2007. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj-stj>>. Acesso em: 29/09/2017.

BRIZZOTTO, Alexandre. **Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Quebrando o Tabu: a descriminalização da Maconha**. In: Dr. Elisaldo Carlini. 2001. Formato. AVI. Color. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=-nWAAUuLWoA>>. Acesso em 08/10/2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial à razões de descriminalização**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Luam. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas Anotada, Lei n. 11.343/2006**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

GREENWALD, Glen. **Política de Drogas: Entrevista**. 2014. Disponível em <<http://www.comunidadessegura.org/fr/politica-de-drogas/MATERIA-drogas-oito-anos-de-descriminalizacao-em-Portugal>> Acesso em: 10/10/2017.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. **Nova Lei de Drogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

JABOR, Arnaldo. **Comentário de Arnaldo Jabor sobre a estatização da maconha no Uruguai**, no Jornal da Globo. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1KLNmuDHGLY>>. Acesso em: 17/09/2017.

LEAL, João José. **Controle Penal de Drogas: Estudo dos Crimes Descritos na Lei 11.343/06**. 1ªEd. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

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

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MINAS GERAIS, **Processo nº 1.0278.06.002393-6/001**. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Data de Julgamento: 24.03.2009. Data de Publicação: 06.04.2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18435/o-usuario-e-o-trafficante-na-lei-no-11-343-2006/4>>. Acesso em: 16/10/2017.

SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000** 6ª Câmara C do 3º Grupo da Seção Criminal 31.03.2008, Disponível em: <http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=16>. Acesso em: 02/10/2017.