

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Eduardo Henrique de Freitas Gazolla

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Eduardo Henrique de Freitas Gazolla

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Jurandir José dos Santos.

APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

**Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito**

Jurandir José dos Santos
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ____ de novembro de 2008.

“A coisa mais indispensável a um homem é reconhecer o uso que deve fazer do seu próprio conhecimento”.

Platão

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que me ajudaram a realizar o presente trabalho, tais como, meu orientador, Dr. Jurandir José dos Santos;

Agradeço, desde já, a disponibilidade dos examinadores, que avaliarão o presente estudo;

Por fim, agradeço à minha família que, sem dúvida, é minha base, e responsável por tudo que conquistei até o presente momento.

RESUMO

O presente trabalho apresenta, em seu início, alguns conceitos e classificações relacionados às drogas, seguido de uma breve evolução histórica das Leis que antecederam a presente no trato do assunto. O tema da pesquisa consiste numa análise do artigo 28 da Lei 11.343/2006, bem como o procedimento penal aplicado em consonância ao referido artigo. O trabalho aborda a discussão doutrinária a respeito da suposta descriminalização da posse de drogas para consumo próprio, quais as penas para o usuário ou dependente que incide neste tipo, além das conseqüências para o acusado que não cumprir tais penas. Ressalta-se, ainda, a aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28 da Lei de Drogas e quais as conseqüências da Lei Penal no tempo e do princípio da retroatividade pra tal artigo. Por fim, foi esclarecido qual o procedimento penal aplicado ao dispositivo legal estudado e sobre a impossibilidade da prisão em flagrante para aqueles surpreendidos com a posse de drogas para o consumo próprio.

PALAVRAS CHAVE: Drogas – Lei de Drogas – Direito Penal – Posse de drogas para consumo pessoal

ABSTRACT

The following presentation shows in its beginning some concepts and classifications about drugs, followed by a brief historical evolution subjecting laws about drugs. The theme of the research is an analysis of the article 28 of the Law n. 11.343/2006, and the prosecution applied in accordance to this. The research deals the doctrinal discussion about the supposed decriminalization of the possession of drugs for personal consumption, which the sentences to the user or dependent that commits this crime, in addition to the consequences for the accused who not submit to these sentences. The study explain the application of the principle of insignificance in the Article 28 of Law of Drugs and what the consequences of the Criminal Law in time and the principle of retroactivity for this article. As a final point, it was clarified which the correct prosecution to this crime and explained about the impossibility of the caught in the act for who acquire, store, have on deposit, carry or bring with you, for personal consumption, drugs without authorization or in violation of a legal determination.

KEYWORDS: Drugs – Law of Drugs – Penal Law - Possession of drugs for personal consumption

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. CONCEITO DE DROGAS.....	12
3. CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS.....	16
3.1 Drogas estimulantes ou psicoanalépticos.....	16
3.2 Drogas depressoras ou psicolépticos.....	18
3.3 Drogas alucinógenas ou psicodislépticos.....	18
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	21
4.1 Ordenações Filipinas.....	21
4.2 Código Criminal do Império do Brasil.....	21
4.3 Código Penal de 1890.....	21
4.4 Código Penal de 1940.....	22
4.5 Lei n. 5.736/71.....	23
4.6 Lei n.6.368/76.....	24
4.7 Legislação promulgada durante a vigência da Lei 6.368/76 que ainda está em vigor.....	24
4.8 Constituição Federal de 1988.....	25
4.9 Lei n.10.409/2002.....	25
4.10 Lei n. 11.343/2006.....	26
5. O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006.....	28
5.1 Inovação Legislativa.....	28
5.2 Descriminalização da posse de drogas para consumo próprio.....	29
5.3 O art. 28 da Lei 11.343/06 e suas penas.....	33
5.3.1 Condutas, sujeitos, consumação, bem jurídico tutelado, objeto material e requisito normativo do tipo.....	33
5.3.2 Consumo pessoal ou tráfico de drogas?.....	36
5.3.2.1 Provas e critérios da destinação para consumo pessoal.....	38
5.3.3 Penas cominadas.....	39
5.3.3.1 Duração máxima das penas e reincidência.....	40

5.3.3.2 Execução das penas.....	41
5.3.3.3 Recusa injustificada do infrator: “admoestação verbal e multa”.....	43
5.3.4 Tratamento especializado.....	44
5.3.5 Prescrição das penas.....	45
6. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AO ARTIGO 28.....	47
7. A LEI PENAL NO TEMPO E A RETROATIVIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.433/2006.....	50
8. O PROCEDIMENTO PENAL APLICADO EM CONSONÂNCIA AO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006.....	53
8.1 Prisão em flagrante do usuário ou dependente de drogas.....	54
8.2 Transação Penal.....	55
9. CONCLUSÃO.....	57
BIBLIOGRAFIA.....	59
ANEXOS.....	62

1. INTRODUÇÃO

De forma introdutória foram abordados os conceitos relacionados ao tema e principalmente a nova nomenclatura trazida pela Lei de Drogas, seguido da classificação dos principais tipos de drogas existentes além de uma retrospectiva de todas as legislações anteriores que trataram sobre tema, destacando-se quais foram as principais mudanças apresentadas por cada uma delas.

Concluídos os temas introdutórios foi iniciado o real estudo do presente trabalho, ou seja, a análise do artigo 28, da Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006, que trata da posse de drogas para o consumo pessoal.

A Lei de Drogas trouxe diversas modificações em relação às que a antecederam no trato do mesmo assunto, originando no Brasil uma nova visão de política criminal antidrogas. Dentre as principais modificações estão as trazidas pelo artigo analisado neste trabalho.

O fato do art. 28 da Lei 11.343/06 não cominar pena de detenção ou reclusão ao crime de porte de entorpecentes levou a doutrina e a jurisprudência discutirem se realmente ocorreu a descriminalização do porte de drogas pelo usuário e dependente.

Como já salientado, tal artigo não prescreveu pena de detenção ou reclusão àquele que possuísse drogas para o consumo pessoal, dando preferência às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo, cujo enfoque está na ressocialização do usuário ou dependente de drogas.

Foram também objetos de discussão do trabalho os critérios para saber se o agente deve incidir no crime de tráfico de drogas ou posse de drogas para consumo pessoal, assim como a incidência do princípio da insignificância e divergências sobre a lei penal no tempo e a retroatividade do artigo 28.

Por fim, foi feita uma análise do procedimento aplicado ao artigo do presente estudo, no caso o Juizado Especial Criminal, seguido de uma explicação sobre a impossibilidade da prisão em flagrante agente que possui drogas para o

consumo pessoal e a possibilidade da proposta de transação penal para o referido crime.

2. CONCEITO DE DROGAS

A origem da palavra droga, vem de *droog* (holandês antigo), cujo significado é folha seca. Tal origem se dá por conta de que, antigamente, grande parte dos medicamentos era a base de vegetais.

Droga é qualquer substância, seja natural ou química, que ao ser introduzida no organismo de determinado ser vivo, é capaz de modificar suas funções, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento.

Em seu sentido original, o significado de droga é muito amplo, podendo abranger inúmeras substâncias utilizadas no dia a dia de uma pessoa, como, por exemplo, o café ou uma aspirina contra gripe. Devido tal amplitude, o legislador teve dificuldades para designar um conceito geral para apenas as substâncias que deveriam ser controladas.

Diante esta dificuldade, o legislador pátrio utilizava as palavras “material venenoso”, “substâncias venenosas” e “entorpecentes” de maneira genérica. Posteriormente, foi utilizado na Lei 6368/1976, conhecida como “Lei de Tóxicos”, a expressão “entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica”.

A Lei 11.343/2006, atual legislação sobre o assunto, optou pelo termo drogas ao invés do utilizado na pela anterior. Neste sentido, o próprio preâmbulo e o parágrafo único do artigo 1º da referida Lei já demonstram a utilização da nova nomenclatura:

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. O Presidente da República Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º, Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

O artigo 1º, parágrafo único da lei de drogas trata-se de uma lei penal em branco, pois, para que se tenha a ciência de quais são as “drogas”, é necessária a análise de um preceito normativo (Portaria SVS/MS 344/98).

Cabe ressaltar que a nova definição dada às substâncias entorpecentes abarrotam-se de alguns motivos, bem explica João José Leal:

A verdade é que o de termo *drogas* é de uso corrente no discurso acadêmico/científico. Isso já poderia justificar a opção modificadora. Mas é, também, a nomenclatura preferencial da Organização Mundial de Saúde – OMS, que há muito abandonou o uso dos termos ou das expressões “narcóticos”, “substâncias entorpecentes” e “tóxicos”.(2) Além disso, a Convenção Única sobre Entorpecente, da ONU, promulgada em 1961 e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, de 1988, ao se referirem às substâncias tóxicas ou entorpecentes utilizam simplesmente o termo *drug*.

Trata-se, portanto, de nomenclatura que se consolidou mundialmente. E não podemos esquecer que nossa legislação sobre uso e tráfico ilícito de drogas, desde a década de 1960, tem sido baseada nas normas e recomendações constantes dessas duas Convenções internacionais, como também em outras diretivas emanadas da ONU e da Organização Mundial da Saúde.

Por outro lado, é interessante notar que a literatura jurídico penal brasileira sobre o tema tem preferido o termo “tóxicos”. Pode-se dizer que o vocábulo “tóxicos” tem sido utilizado de forma corrente na linguagem jurídica brasileira, para se referir às substâncias até então legalmente denominadas de “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.(3)

Em segundo lugar, mas de forma crescente, o termo “drogas” vem sendo utilizado para intitular obras monográficas sobre a matéria.(4) Verifica-se que, com a publicação da nova lei, o termo *drogas* ganhou a preferência da doutrina, nos textos da produção científica recente. São raras as obras com o título de “entorpecentes”. Entre estas, encontra-se a obra de João Bernardino Gonzaga, que reconhece a dificuldade e impropriedade de empregá-lo como conceito operacional, “para designar certa categoria de substâncias nocivas à saúde.” E admite que o emprego da “palavra ‘entorpecente’ se adapta mal, ou não se apta de todo à idéia que ela deve aqui encerrar”.(5) É curioso verificar que o próprio autor admite que o termo “entorpecentes” não é adequado para denominar o objeto estudado.

Na verdade, a divergência terminológica decorreu da opção feita quando da tradução oficial dos textos das referidas convenções internacionais para a Língua Portuguesa.(6) Se pesquisarmos o texto oficial em Inglês, podemos constatar que a palavra *drug*, utilizada em todo o texto convencional, foi traduzida, para o texto em Língua Portuguesa, por *substância entorpecente* ou, simplesmente, *entorpecente*, quando poderia ter sido *drogas*. Com a oficialização da expressão, é compreensível que a Lei 6.368/76 tivesse optado pelo uso da expressão *substância entorpecente* e não *drogas*. Por isso, era necessário e válido o ajuste terminológico.

Posto isso, fica evidente a necessidade da nova nomenclatura utilizada para que o ordenamento jurídico brasileiro se adequasse à expressão empregada no discurso acadêmico/científico e também estivesse condizente com o termo utilizado internacionalmente, haja vista, esta é a nomenclatura utilizada nos documentos das Organizações das Nações Unidas e da Organização Mundial de Saúde.

Não obstante, a atual expressão é de maior circulação no meio social, ou seja, é a expressão mais utilizada e de maior ciência da população, que é um dos principais destinatários da referida Lei.

Outro embasamento para tal ajuste terminológico consiste em por fim às divergências relacionadas quanto à obrigatoriedade das substâncias causadoras de dependência ser classificadas como entorpecentes.

Neste sentido, elucida João José Leal:

Como a Lei 6.368/76 utilizava a expressão *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*, havia discussão, na doutrina e na jurisprudência, sobre a possibilidade de determinada substância, embora não relacionada oficialmente como entorpecente, pudesse causar tal dependência e, em consequência ser considerada como objeto material do crime de tráfico.(7)

Não se pode concordar com a crítica de que o engessamento oficial e burocratizado do rol das drogas proibidas deve ser evitado, sob o argumento de que pode ser fator de insegurança e de impunidade.

Afirma-se que a atividade relacionada à droga é dinâmica e se transforma com muita rapidez para criar sempre novas espécies de drogas, que não estariam necessariamente arroladas no ato normativo oficial, por natureza estático e de difícil atualização de sua pauta descritiva das drogas nocivas à saúde pública. E isto poderia acarretar prejuízos à ordem jurídica e à segurança coletiva. Para essa corrente doutrinária, melhor seria deixar na esfera do poder discricionário do juiz a tarefa de, em cada caso concreto e com base no laudo pericial, decidir sobre a natureza nociva à saúde da droga.

É o entendimento de Vicente Grecco Filho. Rejeitando a possibilidade de qualquer forma de ofensa ao princípio da legalidade e da liberdade individual, afirma que a melhor solução seria deixar “ao laudo a identificação da capacidade de causar dependência no caso de não estar a substância relacionada”. E justifica sua posição, com o seguinte argumento: “A interpretação de que as substâncias não relacionadas também poderiam determinar a incidência penal desde que causem dependência física ou psíquica resolveria o problema da chamada ‘psicofarmacologia clandestina’. Se o desvio de destinação, ou as combinações de drogas feitas pelos próprios viciados, tornarem a substância apta a causar dependência física ou psíquica, o delito passaria a existir”.(8)

Esta, no entanto, é uma posição hoje completamente superada, seja na doutrina, seja na jurisprudência, cujo entendimento converge para defender a solução legal de que a droga esteja taxativamente descrita na Portaria

ministerial para o fim de se estabelecer o juízo positivo de tipicidade da conduta. É a solução que melhor se coaduna com o princípio da estrita legalidade.

Portanto, após a leitura do texto, percebe-se que fez bem o legislador em utilizar a expressão “drogas”, haja vista, o termo anteriormente utilizado poderia induzir ao equívoco de que qualquer substância que determinasse dependência física ou psíquica seria entorpecente.

Conclui-se também, que é ultrapassada a posição concernente a não utilização de um rol resolutivo que especifique as substâncias proibidas, exemplo disto é a atual Lei de Drogas, que continuou a remeter a caracterização das substâncias proibidas ao Poder Executivo, mais especificamente o Ministério da Saúde. Como já dito, este órgão deve publicar, periodicamente listas atualizadas das drogas defesas em lei, ou seja, aquelas aptas a causar dependência física ou psíquica.

É o que se verifica no artigo 66 da Lei 11343/2006:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Segundo Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2008, p. 23) fez bem o legislador em incluir o artigo 66 na Lei 11343/2006, pois tal dispositivo é uma norma de transição capaz de impedir a alegação de que teria ocorrido *abolitio criminis* em razão de, supostamente, não existir no ordenamento jurídico qualquer lei ou portaria que arrole quais seriam as “drogas” (antes entorpecentes) proibidas no ordenamento jurídico.

O *abolitio criminis* ocorrerá apenas no caso em que for retirada alguma substância da lista elaborada pelo Poder Executivo da União. Vale ressaltar que o *abolitio criminis* extingue a punibilidade do agente mesmo após o trânsito em julgado da sentença.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS

Existem diversas maneiras para se classificar as drogas, principalmente por conta de este ser um assunto estudado por diversas áreas, como a psiquiatria, a farmacologia e o direito.

Vários foram os estudiosos a classificarem as drogas, Louis Lewin foi o primeiro deles, distribuindo as drogas em cinco grupos, que levavam em consideração as características básicas de cada substância, são eles: eufóricas (ópio, morfina, heroína, cocaína e etc.), fantásticas (peiete, mescalina, LSD, STP e etc.), inebriantes (álcool, clorofórmio, éter, benzina e etc.), hipnóticas (cloral, brometos, kawa-kawa e etc.) e excitantes (café, cânfora, anfetaminas e etc.).

Lehmann e Engelmeier classificaram as drogas de acordo com sua proveniência, dividiram-nas em dois grupos: de origem natural e de origem farmacêutica.

Todavia, a forma mais interessante de classificação das drogas surgiu dos próprios usuários, que as categorizavam de acordo com seus efeitos gerais. Assim, foram escolhidas as seguintes categorias: estimulantes (psicoanalépticos), depressoras (psicolépticos) e alucinógenas (psicodislépticos), que serão a seguir estudadas.

3.1 Drogas Estimulantes ou Psicoanalépticos

As Drogas estimulantes atuam no Sistema Nervoso Central, estimulando-o, são elas: a cafeína, a nicotina, os energizantes psíquicos, as anfetaminas, o crack, a cocaína e outras substâncias de efeitos análogos.

Segundo Adaylton Almeida Conceição:

Um estudo do NIDA (National Institute on Drug Abuse) demonstrou que 67 por cento da juventude nos Estados Unidos, 18 por cento dos jovens adultos e 62 por cento dos adultos, pelo menos uma vez, usaram estimulantes por razão não médica. Calcula-se que mais de três milhões de pessoas nos EUA consomem anfetaminas por razões não médicas; entre 15 e 20 milhões consomem cocaína; 50 milhões fumam cigarros; 100 milhões tomam café e quase todos tomam alguma medicação de venda livre que contem cafeína. Desde um estimulante forte, como a cocaína, a outro suave, como uma bebida cola, os estimulantes estão intimamente vinculados com a vida diária. O uso de cocaína tem aumentado assustadoramente.

Os efeitos das drogas estimulantes variam de acordo com a condição física da pessoa que toma e a potencialidade da droga. Uma dose pequena produz efeitos energizantes nos músculos, diminui o apetite, causa aceleração cardíaca e aumento da pressão sanguínea. Os problemas decorrentes do uso constante são as convulsões e os problemas cardíacos e vasculares.

Além dos efeitos físicos, este tipo de droga também proporciona um efeito mental. Os estimulantes mais fortes, como a cocaína, criam certa euforia e fazem com que as pessoas se sintam como se fossem invulneráveis e poderosas, entretanto, quando o efeito da droga passa, estas sentem uma grande depressão.

A cocaína merece destaque entre as drogas estimulantes. O Centro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) traz informações a respeito desta:

A cocaína é responsável pelo nosso desequilíbrio estimulando o nosso centro de prazer. Sendo assim, a euforia vinda de seu uso, desaparece depois de aproximadamente 30 minutos (depende do usuário) ocasionando uma depressão tão profunda que pode durar até meses dependendo da quantidade que foi consumida e da quantidade de neurotransmissores que gastamos. O efeito estimulante desta droga pode ser tão intenso para um indivíduo que o mesmo pode vir a morrer por ataques, hipertensão ou taquicardia ou ainda, por extrema depressão respiratória e coma. Um outro problema da cocaína é que muitas vezes o usuário precisa de uma droga depressora para por exemplo conseguir dormir, isto é, para voltar do efeito da mesma e com isso ele passa a fazer uso de várias drogas o que pode representar um problema ainda maior. Dentre os problemas do uso a longo prazo está o derrame cerebral. As pessoas que vendem a droga para ser consumida, acabam por sua vez acrescentando outros materiais (pós brancos), para aumentar o peso. Muitas vezes, os produtos acrescentados à droga podem conter microorganismos também nocivos ao organismo, podendo acarretar uma infecção sanguínea ou pulmonar por exemplo. O consumo crônico pode levar à necrose (morte dos tecidos) da mucosa nasal ou das veias, quando injetada, o que aumenta ainda mais o risco de overdose pois pode provocar uma parada cardíaca letal.

3.2 Drogas Depressoras ou Psicolépticos

As drogas depressoras, como o próprio nome já diz, causam depressão no Sistema Nervoso Central. São efeitos dessas substâncias: a sonolência, a sedação e o coma, nos casos de consumo excessivo. Tais drogas atuam como sedativos em várias áreas do cérebro e da medula espinhal. Algumas imitam a ação dos sedativos naturais do corpo ou inibem os neurotransmissores, enquanto outras anulam áreas estimulantes do cérebro. São exemplos de drogas depressoras: o álcool, a heroína, a morfina, relaxantes musculares e etc. Entre as drogas depressoras, a mais consumida é o álcool, todavia, esta droga não é ilícita e conseqüentemente não tem grande relevância neste trabalho.

Os inalantes, como o éter, a cola de sapateiro, o lança perfume e a benzina, podem ser incluídos nesta categoria. Existem inalantes cujo comércio é lícito como também os de venda proibida. O grande problema desse tipo de substância é o seu fácil acesso e o baixo preço. Dentre os usuários se destacam os “meninos de rua”, estudantes do 1º e 2º grau e trabalhadores expostos ao contato diário com estas substâncias.

3.3 Drogas Alucinógenas ou Psicodislépticos

Ao contrário dos dois outros tipos de drogas, que deprimem ou estimulam o Sistema Nervoso Central, as substâncias alucinógenas, também chamadas de psicodélicas, podem agir como depressoras ou estimulantes do cérebro. Todavia, seu principal efeito é uma distorção da realidade, podendo, de acordo com o poder da droga, alterar os sentidos e até provocar alucinações ilógicas.

As drogas psicodélicas podem ter proveniência laboratorial, como, por exemplo, o LSD-25, ou serem obtidas por meio de plantas ou fungos, como o peyote, um cacto com substâncias alucinógenas encontrado na América Central.

Dentre esta classe de drogas, as que mais se destacam no Brasil são o LSD-, a maconha e o ecstasy, merecendo estas uma atenção especial.

Descoberto em 1943, pelo químico Albert Hoffman, o LSD obteve seu auge de consumo nos anos 60, intitulado de ácido da felicidade, acreditava-se que tal substância não causasse grandes malefícios aos usuários. Todavia, este alucinógeno é a mais poderosa dentre as drogas. Por conta desta potencialidade, o LSD é medido em micro gramas. O poder desta substância é tanto que 30 gramas são suficientes para 300.000 doses e cada dose pode proporcionar horas de alucinações.

A venda mais comum de tal droga se dá através de papéis perfurado mergulhados em uma solução de LSD. O modo em que o LSD vendido facilita o tráfico, pois a espessura do papel dá maior facilidade no transporte da substância.

De acordo com o CEBRID (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas) são efeitos do LSD:

A sensação de perda do limite do próprio corpo e espaço em seu redor, sensação de que os odores podem ser tocados, que os sons podem ser vistos, sentimento simultâneo de alegria e de tristeza, de pânico e vulnerabilidade, impressão de que se pode voar, tentativas de suicídio, perda de controle sobre os pensamentos e alucinações que surgem vários meses após o uso, também conhecidas como "flash-back".

A maconha é a droga ilegal mais utilizada no Brasil, seu consumo se dá, geralmente, na forma de cigarro. Ela é obtida por meio da planta cannabis sativa, que possui mais de 60 substâncias psicotrópicas, dentre as quais a principal é o tetrahydrocannabinol, mais conhecido como THC.

A droga é adquirida em forma de um tablete prensado, por conta disto é necessário que se desmanche este tablete para que ela fique como o fumo e seja enrolada na forma de cigarro. Após o uso, o THC será eliminado do corpo entre 20 e 30 dias e só a partir daí aparecerão os sintomas da abstinência, que segundo o CEBRAD (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas) são: irritabilidade, angústia, tremores, alteração do sono e do apetite.

O consumo da droga altera as condições psíquicas do indivíduo, desencadeando uma série de efeitos, dentre eles: lentidão do raciocínio, alterações

sensoriais, desorientação, zumbidos, oscilação involuntária dos olhos, vermelhidão dos olhos, amnésia temporária e etc.

Com o uso contínuo, a maconha pode causar danos à atividade cerebral, memória de curto prazo, sistema reprodutor e no sistema respiratório (quando fumada).

O Ecstasy é uma droga muito difundida em festas, principalmente de música eletrônica. Por dar a sensação de felicidade e o aumento sensorial, é conhecida entre os usuários como a “droga do amor”. Tal substância é uma espécie de anfetamina poderosa, que atua nos neurotransmissores, neurônios mensageiros responsáveis pela difusão de informação no cérebro que regulam o nosso humor e outras funções do organismo.

O neurotransmissor mais atingido pelo Ecstasy é a serotonina, que além de regular emoções, domínio sensorial e motor, é responsável também pela regulação da temperatura corporal e por conta desta função, o usuário da droga pode sofrer hipertermia, ou seja, a temperatura corporal fica acima de 40°C, podendo levar o indivíduo a óbito.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

4.1 Ordenações Filipinas

A preocupação com substâncias entorpecentes no Brasil teve origem com as Ordenações Filipinas, de 1603, que em seu título 89 preceituava: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.

4.2 Código Criminal do Império do Brasil

O Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, não tratou da matéria, todavia, o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, abordou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de medicamentos.

4.3 Código Penal de 1890

Passados 40 anos, entrou em vigor o Código Penal de 1890, que tipificava como crime a conduta de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”. Contudo, referido dispositivo, isoladamente, não foi satisfatório no combate ao uso descontrolado de tais substâncias que invadiram o país após 1914. Prova disto é o clube de toxicômanos que se formou em São Paulo. Numa tentativa de amenizar o uso desenfreado, foi baixado o Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, com base na Convenção de Haia de 1921.

Em 13 de Março de 1941, o Decreto-Lei n. 3.114 criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, órgão com atribuições de estudar e fixar

normas gerais a respeito da repressão e fiscalização de entorpecente, assim como consolidar normas dispersas a respeito. Fruto do trabalho de tal órgão, surgiu o Decreto-Lei 891, de 25 de novembro de 1938, inspirado na Convenção de Genebra de 1936, elencando as substâncias tidas como entorpecentes, bem como o tráfico e consumo, normas restritivas de produção e internação e interdição civil de dependentes.

4.4 Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, em seu artigo 281 alterou o Decreto-Lei n. 891, sendo também complementado pelo Decreto-Lei 3.114, de 13 de março de 1941. O Decreto-Lei n. 4.729 trouxe normas gerais para extração, transformação, cultivo e purificação dos princípios ativo-terapêuticos de plantas entorpecentes. A lei n. 4.451 alterou o artigo 181 do Código Penal de 1940, introduzindo no tipo a ação de plantar.

Em 1964, foi promulgada no Brasil a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, que trouxe uma lista mais completa das substâncias entorpecentes, comparada à lista do Decreto-Lei 891. Como consequência o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMMF) adotou as listas de entorpecentes de tal Convenção.

Decreto-Lei de grande importância no combate ao uso de substâncias causadoras de dependência psíquica ou física foi o n. 159, de 10 de fevereiro de 1967, que equiparou as substâncias entorpecentes à aquelas capazes de determinar dependência física ou psíquica para os fins penais de fiscalização e controle.

Em 30 de janeiro de 1968, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia regulamentou a produção, extração, transformação, fabricação, manipulação, preparação, purificação, embalagem, fracionamento, exportação, importação, armazenamento, compra, venda, expedição, troca, oferta, prescrição, cessão e uso das substâncias aptas a causarem dependência física ou psíquica, trazendo, também, uma tabela com o rol de tais substâncias.

O Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, alterou novamente a redação do artigo 281 do Código Penal e o Decreto-Lei n. 753, de 11 de agosto de 1969, complementou as disposições relativas à fiscalização dos laboratórios que fabricassem ou manipulassem substâncias entorpecentes ou capazes de causarem dependência física ou psíquica.

4.5 Lei n. 5.726/71

A Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971, tratou das medidas repressivas e preventivas ao tráfico e uso das substâncias entorpecentes ou equiparadas, dando nova redação ao art. 281 do Código Penal vigente na época. Referida alteração consistiu num novo rito processual para o julgamento dos crimes previstos em tal artigo, afirmando uma iniciativa de melhor eficácia na repressão às drogas.

Em 6 de Abril de 1972, através da Portaria n. 121, o Senhor Ministro da Saúde aprovou o Regimento Interno da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes do Ministério da Saúde (CONFEN), órgão que tinha como função orientar e disciplinar a fiscalização e o controle de substâncias entorpecentes e capazes de causar dependência física ou psíquica, objetivando a repressão do tráfico e a má utilização. Não obstante, tal é órgão é consultivo do Ministério da Saúde para orientação do Governo em suas relações com a Organização das Nações Unidas, além de outras organizações internacionais e estrangeiras.

Segundo Vicente Grecco Filho e Daniel Rassi (2008, p. 4):

Releva destacar a importância dessa portaria como instrumento para fixação da política sanitária nacional relativa aos fármacos. De natureza similar é a Portaria n. 307, de 26 de setembro de 1972, do Sr. Ministro da Saúde, na parte relativa à composição dessas Comissões. Posteriormente, a Portaria n. 26, de 26 de julho de 1974, do SNFMF, aprovou duas listas – uma referente a substâncias e outras a especialidades farmacêuticas – a exigirem controle rigoroso pelo farmacêutico ou responsável pelo estabelecimento. Seus dispositivos retroagem, também, para as especialidades farmacêuticas – a exigirem um controle rigoroso pelo farmacêutico ou responsável pelo estabelecimento. Seus dispositivos retroagem, também, para as especialidades farmacêuticas incluídas na

Resolução n. 2 da Portaria n. 5, de 20 de janeiro de 1969. As medidas de controle que determina referem-se a receitas, escrituração, padronização de embalagem e distribuição de amostras. Estabelece a obrigatoriedade de retenção das receitas pelas farmácias ou drogarias e designa o procedimento para casos de emergência e prescrição em hospitais, e para o uso em pesquisa ou atividade de ensino. Ademais, determina a obrigatoriedade de existência nos dizeres “Venda sob receita médica – sujeito à retenção” nos rótulos e envoltórios e, relativamente às amostras, a observação “Produto sujeito a restrição de venda e uso”. Entretanto, as autoridades sanitárias devem, ser comunicadas sobre o início e cessação do fabrico e venda desses produtos. A Portaria n. 18, de 28 de setembro de 1973, do SNFMF, baixou instruções relativas à fiscalização e ao controle das substâncias que determinam dependência física ou psíquica e das especialidades que as contenham, apresentando cinco listas e respectivas normas relativas a receituário, compra, venda, devolução, embalagem e escrituração. Em especial, prescrevia o uso em Medicina das drogas arroladas na Lista n.1 e determinava sua exclusão das especialidades farmacêuticas, permitindo, apenas, seu uso para pesquisa científica com autorização do SNFMF.

A Portaria n. 18, de 28 de setembro de 1973, foi substituída pela n. 10, de 6 de setembro de 1977, que manteve a idéia geral trazida pela Portaria anterior, apenas atualizando o assunto.

4.6 Lei n. 6.368/76

A Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, revogou a Lei 5.726/71, com exceção do artigo 22, que tratava sobre o procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de drogas.

4.7 Legislação promulgada durante a vigência da Lei 6.368/76 que ainda está em vigor

Alem da legislação atual (Lei n. 11.343/2006), estão em vigor os Decretos Leis n. 159, 891, 2.375, a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961 e a Convenção sobre Psicotrópicos de 1971.

4.8 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal referiu-se aos entorpecentes em dois incisos de seu artigo 5º. No inciso XLII definiu o crime de tráfico de entorpecentes como inafiançável, além de insuscetível de graça ou anistia. Ainda referindo-se ao tráfico de tais substâncias, o inciso LI dispôs que o brasileiro naturalizado estará sujeito à extradição, caso seja comprovada sua participação no tráfico, independentemente de o crime ter sido praticado antes ou depois da naturalização.

4.9 Lei n. 10.409/2002

Objetivo da Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, era substituir, integralmente, a Lei 6.368/76. Todavia, devido à péssima qualidade do Capítulo III, que tratava “Dos Crimes e das Penas”, ou seja, o aspecto mais importante da lei, o Poder Executivo, sabiamente, vetou o art. 59 do projeto, que disporia sobre a revogação da Lei anterior. Assim, da Lei 6.368/76, continuava em vigor o que não fosse incompatível com a nova lei. Cabe ressaltar que na definição de crimes e penas da Lei 6.368/76 não havia qualquer incompatibilidade com a Lei 10.408/2002, deste modo, os crimes daquela continuaram a valer.

Outra questão que merece destaque, refere-se à aplicação da parte processual da Lei n. 10.409/2002, haja vista seu artigo 27 versava: “O procedimento relativo aos processos pro crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo...”. Como os crimes estavam definidos na Lei n. 6.368/76 e o referido artigo usava o termo “nesta lei” surgiram controvérsias, todavia, a corrente majoritária posicionava-se no sentido de que o procedimento da Lei n. 6.368/76 também deveria continuar sendo aplicado.

4.10 Lei n. 11.343/2006

Diante da péssima situação legislativa referente as drogas, a doutrina defendeu a elaboração de uma nova lei sobre o assunto. Em 24 de agosto de 2006, foi publicada a nova Lei de Drogas, de n. 11.343 e com data para entrar em vigor no dia 08 de outubro de 2006.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2006, p. 7):

Os eixos centrais dessa nova legislação passam, dentre outros, pelos seguintes pontos: (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; foco no intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas. Criou-se com a mencionada Lei o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.

Para o presente trabalho de monografia destaca-se a alteração de que ao usuário não se comina pena de prisão, devendo ele ser enviado diretamente aos Juizados Criminais, com exceção dos lugares onde não houverem tais Juizados de plantão. É o que preceitua o artigo 48, §2º da Lei n. 11.343/2006. Assim, conclui-se que a intenção do legislador é que o usuário ou dependente não passe sequer pela polícia.

5. O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

5.1 Inovação Legislativa

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 trouxe diversas modificações se comparado a aquele que foi substituído. A maior mudança consistiu no fato do legislador afastar o crime de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal da esfera do crime de tráfico, inserindo-o no título que diz respeito às atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Referida modificação teve como escopo o abrandamento da pena, trazendo a conduta descrita no artigo 28 próxima a uma descriminalização, próximo assunto a ser tratado. Vicente Greco Filho aponta como ponto positivo o fato do legislador não descriminalizar referida conduta, haja vista, uma legalização iria enfraquecer a repressão. De acordo com este autor (2006, p. 45): “A descriminalização romperia a amplitude da reação social porque teria sido rompida a cadeia criminosa, do grande traficante ao passador”.

Alterou-se também a expressão “para uso próprio”, que foi substituída pela “para uso pessoal”. Numa primeira análise, tal substituição não parece relevante, todavia, a alteração ampliou a possibilidade do enquadramento em crime mais benéfico de determinadas condutas que antes não eram permitidas. A expressão “para uso próprio” permitia, apenas, o enquadramento no artigo 16 (substituído pelo artigo 28 da nova lei) quando o agente mantinha a droga para uso exclusivamente próprio, caso este a dividisse com um terceiro, estaria ele inserido no artigo 12 da antiga lei, que correspondia ao crime de tráfico. De acordo com parte da doutrina, a nova expressão utilizada deu maior importância ao *animus* de disseminação, ou seja, o sujeito não pode possuir a droga com a intenção de distribuí-la para outrem, mas o fato de ele consumi-la juntamente com outra pessoa de seu círculo restritíssimo de relacionamento, como um irmão ou namorada, não descaracteriza o crime descrito no artigo 28 da nova Lei de Drogas.

Portanto, fez bem o legislador em alterar a expressão utilizada na Lei anterior, posto que a nova expressão além de ser mais ampla e benéfica ao réu, é também mais justa, pois não há sentido em condenar o sujeito que adquire a substância para uso doméstico de mais de uma pessoa, pelo crime de tráfico.

5.2 Descriminalização da posse de drogas para uso próprio.

O capítulo III da Lei 11.343/2006 trata dos crimes e das penas referentes aos usuários e dependentes de drogas. Estas estão especificadas no artigo 28 do mesmo dispositivo legal:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

A conduta descrita no artigo 28 da nova Lei de Drogas é correspondente à apresentada pelo artigo 16 da Lei 6.388/1976, que tinha a seguinte redação:

Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

O comportamento acima descrito era, sem discussão alguma, considerado crime, haja vista, tinha como sanção a pena de detenção. Diferentemente, o artigo 28 da nova Lei de Drogas substituiu a pena privativa de liberdade pela advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Preliminarmente, tal substituição deve ser analisada sob o aspecto de que se houve ou não a descriminalização da conduta de trazer consigo ou adquirir para uso próprio. São vários os posicionamentos doutrinários a respeito do tema:

Luiz Flávio Gomes, primeiro doutrinador a discutir a questão, trouxe a idéia de que houve a descriminalização penal, posto que o legislador exterminou o “caráter” criminoso da conduta, mas, em contrapartida, não legalizou a posse de drogas para uso pessoal. O fundamento de tal assertiva baseia-se na Lei de Introdução do Código Penal Brasileiro, que em seu artigo 1º versa que: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Neste sentido explica o jurista (2006, p. 110):

Ora, se legalmente (no Brasil) ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser ‘crime’ porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e

comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de 'infração penal' porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração 'penal' no nosso País.

Tendo ainda como base a corrente acima explanada, pode-se salientar que as penas cominadas para a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal são, exclusivamente, alternativas, pertencendo a uma categoria *sui generis*, não podendo se falar na existência de crime ou contravenção penal.

Observa-se também, que a nova sanção dada à conduta possuir drogas para consumo próprio assemelha-se muito às medidas sócio-educativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tais medidas não valem para a esfera penal, passando-se a entender o mesmo das sanções aplicadas aos usuários e dependentes de drogas.

Renato Marcão (2008, p. 34) rebate a corrente defendida por Luiz Flávio Gomes, ponderando que não houve a descriminalização da referida conduta. Seu convencimento lastreia-se no fato de que a Lei de Introdução do Código Penal, embora seja clara no que pretende informar, é de 1940, época em que as denominadas penas alternativas ainda não existiam na parte geral do Código Penal, sendo lá dispostas, apenas, com a reforma penal de 1984. Assim, pode-se concluir que o Direito Penal da época em que foi elaborada a Lei de Introdução do Código Penal era outro, com objetivos e intenções diversos dos de hoje em dia. Deste modo, o argumento baseado no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal não soluciona a presente questão.

Na época em que foi criado o Código Penal, não se imaginava uma pena principal que fosse a pena privativa de liberdade, daí surgiu a definição do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que a seu tempo era adequada. Em contrapartida, atualmente, a falta de cominação de pena restritiva de liberdade não afasta a possibilidade de que uma conduta descrita em determinado dispositivo legal seja considerada crime ou contravenção, como informava o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Civil. Exemplos disto são as novas discussões respeito da

responsabilidade objetiva, da responsabilização da pessoa jurídica e muitas outras, todas incompatíveis com o Direito Penal do século XXI.

Outro argumento que vai contra a corrente de que houve a descriminalização é o de que o próprio capítulo III da Lei 11.343/2006, no qual se encontra inserido o artigo 28, tem como título: “Dos Crimes e das Penas”, ou seja, o legislador tratou de dizer expressamente que o referido capítulo trataria de crimes, sendo impertinente afirmar que as condutas descritas no artigo 28 não se tratam de crime.

Vicente Greco Filho reforça a tese de que a nova Lei de Drogas não descriminalizou tampouco despenalizou a conduta descrita no artigo 28 da nova Lei de Drogas, argumentando que as penas são próprias e específicas, mas não deixaram a característica de sanções penais.

Nesse sentido, argumenta (2008, p. 44):

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

Por fim, é relevante destacar a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, que no dia 13 de fevereiro de 2007 apreciou o RE 430105/QO/RJ, se posicionando a favor de que não houve a descriminalização da conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração

penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. (BRASIL. STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Assim, conclui-se que o entendimento de que não houve descriminalização nem despenalização da conduta apresentada pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, sustentado pela doutrina majoritária e adotado pela Suprema Corte, é o que deve prevalecer.

5.3 O art. 28 da lei 11343/06 e suas penas

O artigo 28 da Nova Lei de Drogas pune aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou leva consigo, para consumo pessoal, drogas, em desacordo com a lei brasileira. A razão desta incriminação consiste no fato de que referida conduta traz inerente um risco social, colocando em risco a saúde pública. O usuário ou dependente da droga, apesar de transportá-la com o fim de consumo pessoal está, psicologicamente, predisposto a disseminar a outrem o vício, haja vista, maior parte das pessoas que começam a usar drogas conhecem-na a partir de um conhecido já usuário ou dependente.

Apesar da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06 colocar a saúde pública em risco, sua pena não pode ser igualada a de crime de tráfico. Levando este ponto em consideração, tanto a lei anterior como a atual acolheram a posição sustentada por Vicente de Azevedo Franceschini (in RT, 476:287, “Das penas na legislação antitóxicos – Sugestões para o aperfeiçoamento do sistema”), que sugere uma pena mais branda àquele que leva consigo a substância para uso pessoal, posto que lesão social causada por tal conduta é menor do que a causada por quem pratica o crime de tráfico.

5.3.1 Condutas, sujeitos, consumação, bem jurídico tutelado, objeto material e requisito normativo do tipo.

Cinco são as condutas incriminadas pelo artigo 28 da Lei 11.343/06: “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” ou “trazer consigo”.

Adquirir consiste no fato do agente passar a ter a posse ou propriedade da substância, independentemente da forma de aquisição (doação, compra e venda, troca etc.).

Guardar significa manter o objeto escondido, ocultá-lo, não demonstrando sua posse ou propriedade publicamente. Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p. 119): “A clandestinidade é característica marcante do verbo guardar”.

Ter em depósito exprime a conduta de ter a substância sob controle, alcance e disponibilidade. Aqui, diversamente da ação de guardar, a clandestinidade é desnecessária, ou seja, qualquer pode ser o local de depósito.

Tanto transportar como trazer consigo consiste no fato do agente veicular a droga de um lugar para o outro. Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p. 119): “Não importa o *animus* do agente, ou seja, faz-se o transporte para depois ter consigo ou se o faz para terceiros”.

Nota-se que o legislador não considerou a conduta de “usar”, o que a torna atípica. Não se pode dizer, entretanto, que tal conduta esteja inserida na de “trazer consigo”, pois nem sempre o sujeito que consumiu a droga foi quem a trouxe.

Exemplo disto seria quando um terceiro ministra um tóxico no consumidor ou ainda quando aquele traz a droga para ambos consumirem. Como já dito, a razão para incriminação da conduta descrita no artigo 28 é pelo fato do risco à saúde pública existente enquanto o sujeito traz a droga, risco que desaparece quando o produto é consumido.

O parágrafo primeiro do artigo versa ainda, que às mesmas medidas do caput se submeterão aqueles que para seu consumo pessoal, semearem, cultivarem ou colherem plantas consideradas como drogas.

Cabe ressaltar que as condutas de guardar, trazer consigo e ter em depósito são permanentes, ou seja, a sua consumação se prolonga no tempo. A relevância desta característica está na prisão em flagrante do sujeito, pois este estará em estado de flagrância enquanto permanecer praticando uma destas condutas. Outra característica importante é que o artigo 28 trata-se de uma infração de mera conduta, não sendo necessária a prova de um perigo concreto para a consumação da infração.

O sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, em caso de menor de 18 anos são aplicadas as medidas sócio-educativas do ECA. O sujeito passivo deste crime é a coletividade. Pode ocorrer erro de tipo quando o agente possui a droga sem saber do que se trata. Estando o agente em erro de tipo é excluído o dolo e como consequência a tipicidade. Caso o erro seja vencível o agente responde na forma culposa, o que não cabe ao caso, pois o crime previsto no artigo 28 não admite tal forma.

Além de o agente praticar uma das condutas descritas no artigo 28 da Lei 11.343/06, é necessário o fim específico “para consumo pessoal”, ou seja, o tipo exige um elemento subjetivo do agente. Os critérios para saber se a droga é “para consumo pessoal” ou não serão estudados num próximo item.

O bem jurídico tutelado pode ser dividido em imediato e mediato. No caso do artigo 28 o bem jurídico imediato é a saúde pública e os mediatos são a saúde e integridade física e psíquica das pessoas, como também a vida.

A consumação da infração se dá com a realização de uma das condutas descritas no tipo mais o fim específico “para consumo pessoal”, não sendo necessário qualquer resultado. De acordo com Luiz Flávio Gomes (2006, p.121):

... é preciso que se comprove a idoneidade lesiva da conduta, o que exige sua prova inequívoca assim como prova da idoneidade da substância tóxica da droga (prova de que se trata efetivamente de uma das substâncias entorpecentes descritas nas listas da Anvisa). Considere-se que estamos diante do que se chama de crime de posse, que significa que a simples posse de um objeto já é punível.

No que se refere à tentativa, hipoteticamente é possível, todavia a lei não prescreveu nenhuma sanção para esse caso. Assim, por conta do artigo 14 do Código Penal ser incompatível e conseqüentemente inaplicável ao artigo 28 da Lei 11.343/06, chega-se a conclusão de que a tentativa é impunível. Luiz Flávio Gomes (2006, p. 122) explica esta impunibilidade:

Contenta-se (para a consumação) com a mera realização da conduta, que então é um “perigo de um perigo concreto”. Esse é o patamar mínimo para a punibilidade da posse de droga para consumo pessoal. Toda conduta que represente menos que a efetiva posse deve ficar impune, pois do contrário haveria uma exagerada antecipação da tutela legal (ou seja: um perigo de perigo de um perigo concreto).

Outro ponto importante a se observar a respeito da tentativa é objetivo do artigo 28, que se preocupa muito mais em cuidar do que punir o usuário de drogas. Deste modo é incoerente punir o agente que não conseguiu sequer satisfazer uma das condutas do descritas no artigo, devendo o mesmo não sofrer qualquer tipo de sanção, caso contrário, seria ele punido por sua intenção de ter a posse da droga, hipótese inadmissível no direito penal.

O objeto material desta infração são as drogas. Como já explicado no capítulo referente aos conceitos, esta é uma norma penal em branco, ou seja, é necessário um complemento para que se saiba o que são drogas. O complemento é fornecido pela Anvisa, órgão pertencente ao Ministério da Saúde, que emite uma lista indicando quais substâncias são consideradas drogas.

A substância (objeto material da infração) deve ser apreendida para que haja a constatação de sua capacidade tóxica, se assim não for, é impossível a prova da materialidade da infração, o que resulta na absolvição do sujeito. Caso a substância seja retirada da lista da Anvisa ocorrerá *abolitio criminis*.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 exige o requisito normativo tipo: “droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. O juiz é quem irá fazer a constatação de que se há ou não autorização legal ou regulamentar. É função do magistrado exercer um juízo de valor para saber se há ou não autorização para portar a substância. Este requisito normativo do tipo é importante, pois várias pessoas, seja por questão de saúde ou profissão, estão autorizadas a transportarem alguns tipos de drogas, como no caso de médicos, dentistas e hospitais. Não haveria sentido se essas pessoas fossem autorizadas por uma norma e viesse o artigo 28 e proibisse o que já era autorizado, este é o ensinamento base da “tipicidade conglobante” de Zaffaroni, ou seja, “o que está permitido por uma norma não pode estar proibido por outra”.

5.3.2 Consumo pessoal ou tráfico de drogas?

Primeiramente se faz importante discorrer sobre o suposto confronto entre o artigo 28 e o artigo 33, §3º, ambos da Lei 11.343/06. De acordo com o §3º do artigo 33 aquele que “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem” estará sujeito a uma pena de “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”.

A redação do artigo 28 é compatível com a do artigo 33, parágrafo 3º. Embora pareçam a mesma situação, existem diferenças. O artigo 33, §3º pune a conduta daquele que oferece droga, sem fim de lucro, a algum conhecido, para juntos consumirem. Já no artigo 28 deve haver o fim específico “para uso pessoal”. A expressão “uso pessoal” deve ser interpretada como se o sujeito portasse a substância exclusivamente para consumi-la em um meio reservado de relacionamento, ou seja, em uma amizade íntima, companheira ou ainda em um ambiente familiar, não podendo haver um mínimo ânimo de disseminação.

Nesse sentido Vicente Grecco Filho (2008, p. 47) argumenta:

A do art. 28 é a daquele que traz consigo para uso pessoal próprio ou de terceiro; a do §3º do art. 33 é a do que oferece a alguém para consumo conjunto. Nesta, há apenas uma ação ligada à disseminação ou ampliação do uso, naquela apenas a condução ou guarda para uso pessoal, próprio ou de alguém.

Assim, pode-se dizer que a principal diferença entre os dois artigos está na ação de “oferecer”, que reflete um ânimo de disseminação inexistente no artigo 28.

É importante observar que caso o agente ofereça droga, a título gratuito, visando obter novos compradores futuros, este responderá pelo caput do artigo 33.

Outro problema existente consiste na diferenciação entre o artigo 28 e os artigos 33 ou 34, todos da nova Lei de Drogas. O legislador agiu bem ao determinar uma pena mais branda ao usuário, todavia a prática traz situações de difícil solução a respeito de qual artigo será aplicado, como no caso do concurso de crimes entre o art. 28 e os arts. 33 ou 34.

O usuário ou dependente de drogas pode também ser traficante. Deste modo, praticando este, as condutas descritas nos arts. 33 ou 34, prevalecerá o crime mais grave, ficando absorvida a conduta do art. 28. Assim, o traficante e viciado que possui a droga para consumo próprio e para a sua disseminação, ou ainda, se este fornece a substância a terceiro comercialmente, responderá pelo crime mais grave, não podendo alegar a sua condição de usuário almejando uma pena mais branda. Isto se dá por conta do bem jurídico, no caso a saúde pública, ter sido atingido com maior gravidade através da realização da conduta dos arts. 33 ou 34, sendo inapropriada a afirmação de usuário com o escopo de beneficiar-se.

Portanto, para que o usuário incida no artigo 28 e seja beneficiado por sua pena mais leve é necessário que a posse das drogas seja exclusivamente para o consumo pessoal. Nesse sentido, Vicente Grecco Filho (2008, p. 48) argumenta: “Teria sido mais clara a lei se tivesse inserido o advérbio “exclusivamente”, mas apesar da omissão da norma, outra não pode ser a interpretação lógica, sistemática e sociológica do texto”.

5.3.2.1 Provas e critérios da destinação para consumo pessoal

Existem dois sistemas legais para diferenciar se o possuidor das drogas é usuário ou traficante. O primeiro consiste no sistema da quantificação legal, onde é fixada uma quantidade diária para o consumo pessoal, ultrapassada essa quantidade, incidirá o agente no crime de tráfico. O segundo é conhecido como sistema do reconhecimento legal, cabendo ao juiz ou à autoridade policial decidirem conforme o caso concreto.

No Brasil é adotado o segundo critério, sendo tarefa do juiz decidir se a droga encontrada era destinada ao tráfico ou ao consumo pessoal. Para tal tarefa a lei estabeleceu alguns critérios que estão descritos no parágrafo 2º do próprio art. 28. São eles: “natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e antecedentes do agente”. Em outras palavras, é preciso saber de que tipo de droga se trata, ou seja, se é droga de grande potencialidade como, por exemplo, a cocaína e o ecstasy ou se trata de uma droga mais leve, como a maconha, ter conhecimento sobre a quantidade, local e quais foram as condições em que a droga foi apreendida, assim como informações sobre o próprio agente.

Antes do Decreto-Lei 385, o único critério para a averiguação de se a destinação da substância ilícita era o uso próprio ou o tráfico consistia na quantidade de droga que o sujeito tinha em posse, o que possibilitava o tráfico em pequenas quantidades. Fez bem o legislador em alterar este critério, pois, apesar de importante, a quantidade de droga, por si só, não demonstra a realidade, devendo o juiz apreciar outros fatores como os descritos no parágrafo 2º do artigo 28.

Portanto, conclui-se que a quantidade de droga não pode ser critério exclusivo na apreciação de qual o tipo de crime, devendo o juiz considerar as demais circunstâncias que envolvem o delito para o enquadramento no tipo certo.

5.3.3 Penas cominadas

Antes da real análise das penas é relevante apontar uma dentre as inúmeras falhas cometidas pelo legislador na elaboração da lei. A questão está na nomenclatura dada às sanções do artigo 28 da Lei de Drogas, pois o legislador no caput e nos parágrafos 3º e 4º do artigo mencionou “penas” enquanto nos parágrafos 1º e 6º ele referiu-se em “medidas”. Por conta deste erro surge a questão: seriam as sanções do artigo 28 penas ou medidas?

Renato Marcão (2008, p. 68), ao salientar que tais sanções se tratam de penas expõe os seguintes argumentos: “Não se trata efetivamente de simples “medidas educativas” porquanto estabelecidas para aplicação em face do cometimento de ilícito penal, em desfavor de agente maior e imputável”.

Como já comentado, as penas cominadas pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 não são tradicionais, pois estas não têm como objetivo principal a punição do agente. Sua principal finalidade consiste em recuperar o usuário ou dependente de drogas e fortalecer em sua mente as conseqüências maléficas que o uso de drogas causa à saúde física além de outros prejuízos sociais, demonstrando que o uso de tais substâncias não compensa.

Para alcançar referido escopo o legislador estabeleceu ao artigo 28 as 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”.

A advertência deve ser de forma jurídica, pois se trata de uma sanção legal. Será dado ao usuário ou dependente um aviso de cunho explicativo a respeito dos prejuízos à saúde e sociais que a droga causa, tanto para o próprio usuário quanto para sua família e amigos.

A prestação de serviços à comunidade não é uma sanção nova como as outras duas, haja vista é tratada pelo artigo 46 do Código Penal. Tal sanção consiste numa imputação de tarefas gratuitas ao réu. Este tipo de sanção não pode ser aplicada ao agente preso, pois este não teria a possibilidade de cumprir as

tarefas a si atribuídas. O próprio parágrafo 3º do artigo 46 do Código Penal versa que as tarefas gratuitas atribuídas devem ser compatíveis às aptidões do condenado, além destas não poderem ofender a dignidade da pessoa humana.

A “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” deve ser fixada pelo juiz da condenação, que indicará qual curso o condenado deverá comparecer e com qual frequência. Caso o juiz da condenação não deixar isto claro, cabe ao juiz da execução determinar o que não foi especificado.

Vale ressaltar que as penas acima expostas podem ser aplicadas individualmente ou cumulativamente. Deve também, o juiz observar as regras de orientação do artigo 59 do Código Penal no momento de aplicar pena, considerando, dentre outras, a potencialidade da substância com qual o infrator foi surpreendido, o nível de envolvimento do sujeito com as drogas, ou seja, se o agente é apenas um experimentador ou se trata de um usuário ou dependente. Todas estas circunstâncias auxiliam o juiz no ajuste da pena à realidade do agente.

5.3.3.1 Duração máxima das penas e reincidência

Duas das três penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas podem sofrer limitação temporal, são elas: “prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. A pena de “advertência sobre os efeitos das drogas” se realiza em um só ato, sendo incompatível a fixação de um prazo para tal sanção.

De acordo com o parágrafo 3º, do próprio artigo 28, estas penas não podem ser aplicadas por mais do que 5 (cinco) meses, salvo no caso de reincidência, pois nestes casos o parágrafo 4º aumenta esse prazo máximo para 10 (dez) meses.

A reincidência citada no parágrafo 4º do artigo 28 é específica, ou seja, não é mesma reincidência tratada pelo Código Penal. Em suma, para o Código Penal, reincidente consiste na pessoa que pratica uma nova infração penal depois

de ter sido condenado definitivamente por outra anterior. Para o Código Penal independem quais as infrações que o sujeito praticou para ser considerado reincidente. Assim aquele que praticar um roubo e posteriormente um homicídio, será considerado reincidente.

Já a reincidência que trata o parágrafo 4º do artigo 28 da Lei de Drogas é específica, pois para que o infrator seja considerado reincidente, é necessário que haja uma condenação definitiva anterior pelo crime do artigo 28 da Lei 11.343/2006, ou seja, o agente deve incidir duas ou mais vezes no crime de posse de drogas. Apenas nesse caso a pena máxima é estendida a 10 (dez) meses.

Para a reincidência deve ser observada a regra prevista no artigo 64, inciso I do Código Penal, o qual informa que a reincidência só ocorre quando o agente pratica a nova infração durante o lapso de 5 (cinco) anos, após esse prazo o agente não é mais considerado reincidente.

No caso do infrator ter praticado o crime de posse de drogas na vigência da lei anterior, que corresponde ao art. 16 da Lei n. 6.368/76 e ainda não tiver decorrido o prazo de prescrição da reincidência (5 anos), se este vier a praticá-lo novamente na vigência da nova lei será considerado reincidente.

5.3.3.2 Execução das Penas

Depois de transitada em julgado a decisão que condena o infrator ao cumprimento das penas, inicia-se a fase da execução. Na hipótese da condenação ou transação penal ter como resultado a pena de “advertência sobre os efeitos das drogas”, contemplada no artigo 28, inciso I, esta poderá ser feita no próprio Juizado Criminal. Deve o juiz determinar a notificação do infrator designando dia, hora e local para a sua concretização. Feita a advertência deverá ser lavrado um termo para a formalidade do ato, sendo necessária a assinatura de todos os presentes para a solidificação do ato.

No caso de transação penal a prática será no sentido de que se concretize a transação e a formalização da “advertência sobre os efeitos das drogas”

em uma única ocasião, devendo o Ministério Público e a defesa, na sentença de homologação da transação penal, afirmarem que abdicam do prazo recursal.

Espera-se que o magistrado, ao aplicar a pena de advertência esteja agindo de acordo com o real objetivo da lei, ou seja, que ele faça uma advertência séria, de forma oral e reduzida a termo, explicando quais, realmente, são os prejuízos e efeitos que a droga pode causar para um usuário ou dependente. Sendo inadmissível que apenas seja entregue ao infrator uma advertência modelo já salva em seu computador.

Em relação à pena de “prestação de serviços à comunidade”, o parágrafo 5º do artigo 28 da Lei de Drogas preceitua em quais locais a prestação de serviço será cumprida:

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.

Como preceituado, a preferência é de que os estabelecimentos se ocupem “da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”, mas caso não exista uma entidade deste tipo na comarca, nada impede que o cumprimento da prestação seja em outro estabelecimento.

Sendo o agente condenado a pena de “comparecimento a programa ou curso educativo”, por não se tratar de uma pena nova como as outras, seguirá, naquilo que for compatível, as regras de execução já existentes.

De acordo com Renato Marcão (2008, p. 72):

É certo, contudo, que durante o tempo de duração da pena fixada na transação ou por força de condenação proferida em processo de conhecimento (nos limites dos §§ 3º e 4º do art. 28), poderá ser fixada a obrigatoriedade de freqüência a mais de um curso ou programa, sempre como decorrência da necessária individualização para o caso concreto, com indispensável proporcionalidade.

Por fim, cabe ressaltar que as penas previstas pelo artigo 28 da Lei de Drogas não são passíveis de execução provisória.

5.3.3.3 Recusa injustificada do infrator: “Admoestação verbal e multa”

No caso de descumprimento injustificado da(s) pena(s) dos incisos do art. 28 ao infrator imposta(s), estará ele sujeito às conseqüências do parágrafo 6º do mesmo artigo, ou seja, será admoestado verbalmente e multado sucessivamente.

A lei não deixa dúvidas que estará sujeito a tais conseqüências apenas àquele que descumprir injustificadamente uma ou todas as penas impostas. A recusa injustificada engloba tanto a situação daquele que iniciou o cumprimento da medida e a abandonou posteriormente, como no caso de quem sequer começou a cumprir a pena.

O parágrafo 6º do artigo 28 preceitua que o juiz “poderá” aplicar a “admoestação verbal” e a “multa”. Diante do verbo utilizado surge a seguinte questão: este seria um poder ou um dever do juiz?

Luiz Flávio Gomes (2006, p. 137) soluciona a questão com os seguintes argumentos:

Não se trata, entretanto, de um poder, sim, de um dever. ou, em outras palavras, em um “poder-dever”. Caso o agente venha a descumprir o que ficou acordado, não conta o juiz com a discricionariedade de submeter ou não o agente às sanções do §6º: a norma é impositiva, logo, compete ao juiz cumprir fazer o que a lei determina.

Resolvido o impasse, falemos das medidas que poderão ser aplicadas sucessivamente na seguinte ordem: primeiro a “admoestação verbal” e depois a “multa”, ou seja, a priori, caso o infrator não cumpra a pena imposta, o juiz lhe fará uma “admoestação verbal” e caso o não cumprimento subsista será aplicada a ele uma multa. Portanto, pode concluir-se que a multa é *ultima ratio*, não podendo o juiz inverter a ordem das medidas constritivas.

A “admoestação verbal” equivale a uma reprimenda oral feita pelo juiz ao infrator que não cumpriu a pena imposta por sentença condenatória transitada em julgado ou decisão homologada de transação penal. A doutrina é pacífica no sentido de que a admoestação deve ser feita pelo próprio magistrado, sendo

inaceitável que o juiz entregue um “mandato de admoestação” para um oficial de justiça cumprir. De acordo com Renato Marcão (2008, p. 73):

Trata-se de função jurisdicional, também sujeita à possibilidade de carta rogatória ou carta de ordem, no Juízo de domicílio ou residência do apenado. Seja como for, sempre deverá ser feita por magistrado.

É certo que a “admoestação verbal” só é útil para as penas dos incisos II e III do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, pois admoestar verbalmente aquele que descumpriu injustificadamente a pena de “advertência” (inciso I do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006) não faz sentido. Tal inutilidade se dá pelo fato de que o condenado que se recusou a comparecer à audiência em que seria dada a advertência não irá comparecer a uma outra audiência para que seja repreendido por sua ausência. De qualquer forma, caso o apenado compareça à “audiência de admoestação verbal”, este deverá receber a pena de advertência cumulativamente com a medida de “admoestação verbal”.

Os parâmetros para a aplicação de medida coercitiva de multa são encontrados no artigo 29 da Lei n. 11.343/2006. De acordo com este artigo, deve o juiz primeiramente estabelecer o número de dias-multa, que não deve exceder 100 (cem) dias nem estar abaixo de 40 (quarenta) dias. Fixado o número de dias-multa, deve o juiz conferir um valor a cada um deles levando em consideração a capacidade econômica do agente. O valor do dia-multa não pode ser superior a 3 (três) vezes o salário mínimo nem inferior a um trinta avos deste.

De acordo com o parágrafo único do artigo 29 da Lei de Drogas: “Os valores decorrentes da multa a que se refere o §6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas”.

5.3.4 Tratamento especializado

Versa o parágrafo 7º do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 que “o juiz determinará ao poder público que coloque a disposição do infrator, gratuitamente,

estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

Por meio de uma análise do dispositivo legal percebe-se que o parágrafo 7º do artigo 28 estabelece um dever ao juiz e uma faculdade ao infrator, que poderá ou não se submeter ao tratamento disponibilizado pelo poder público.

No que tange ao local do tratamento especializado, a lei dá preferência ao tratamento ambulatorial, entretanto, de acordo como caso concreto e a estrutura do local onde o infrator vive, pode ser oferecido outro espécie de tratamento, como, por exemplo, o regime de internação.

Apesar da obrigatoriedade do juiz determinar “ao poder público que coloque a disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde”, o juiz pode, através do bom senso, verificar a dispensabilidade para o infrator que seja mero usuário ou experimentador, ficando sujeito ao tratamento apenas o dependente de drogas.

O parágrafo 7º do artigo 28 não passa de uma medida com o escopo de alcançar a política de redução de danos e recuperação do dependente proposta pela Lei de Drogas, não se tratando de um tipo de pena ou sanção. Isso fica claro ao se verificar que o infrator tem a faculdade de se submeter ao tratamento disponibilizado, não havendo nenhum tipo de sanção caso este o recuse.

O juiz deverá determinar a disponibilização do tratamento especializado na sentença condenatória ou na que homologa a transação penal. Sua tarefa se limita a fazer a determinação, sendo tarefa do corpo clínico, por meio de uma análise técnica, estabelecer a intensidade e a duração do tratamento especializado.

5.3.5 Prescrição das penas

O artigo 30 da Lei n. 11.343/2006 estabelece o prazo de 2 anos para a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória para o

crime estabelecido no artigo 28 do mesmo dispositivo legal.

Nesse mesmo sentido ensina Luiz Flávio Gomes (2006, p. 141):

Depois de transitada em julgado a decisão homologatória do juiz (decisão que homologa a transação penal) ou a decisão final condenatória do juiz (decisão final proferida no procedimento sumaríssimo dos Juizados, tendo em vista que não houve possibilidade de acordo), o Estado tem que executar a decisão, seja homologatória, seja condenatória, o mais pronto possível. Conta, para isso, com o prazo de dois anos.

Posto isso, conclui-se que o estado deve atuar de uma forma célere e ágil para que não prescreva o seu direito de punir ou executar a pena.

6. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AO ARTIGO 28

Muito se tem discutido sobre aplicação do princípio da insignificância no crime de posse de drogas para consumo pessoal. Referida discussão se desenvolve diante do fato do sujeito da atividade típica ser surpreendido com uma quantidade ínfima de droga.

O princípio da insignificância, elaborado por Claus Roxin, está profundamente relacionado com o axioma “*mínima non cura praeter*”, que visa evitar o uso demasiado da sanção penal, tal princípio consiste no fato de que as ações que afetem ínfimamente o bem jurídico devem ser consideradas atípicas, haja vista, uma insignificante lesão à um bem jurídico não justifica a punição penal. Luiz Regis Prado (2004, p. 154) explica que este princípio é entendido como um “critério para a determinação do injusto”.

Existem divergências na doutrina e na jurisprudência a respeito da aplicação do princípio da insignificância no artigo 28 da lei 11.343/06.

De acordo com Luiz Flávio Gomes a posse de droga para o consumo pessoal está inserida em uma das modalidades do “delito de posse”, que para a consumação é necessário averiguar a idoneidade ofensiva da substância apreendida, ou seja, qual a periculosidade da droga. Caso esta substância apreendida não possua capacidade ofensiva, por conta de sua quantidade absolutamente insignificante, não se configura infração, por inexistência de uma ação penalmente e punitivamente relevante. Para o referido doutrinador, neste caso deve ser aplicado o princípio da insignificância, que tem como consequência a atipicidade do fato.

Eis algumas decisões neste sentido:

O crime, além da conduta, reclama um resultado no sentido de causar dano ou perigo ao bem jurídico (...); a quantidade ínfima informada na denúncia não projeta o delito reclamado. (BRASIL. Cf. decisão de 18.12.1997, relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 06.04.1998, p. 175. Sobre o princípio da insignificância e ínfima quantidade de entorpecentes cf: MENDES, Carlos Alberto Pires, O princípio da insignificância e a ínfima quantidade de entorpecente, Justicia & Poder n. 3, 1998, p. 65. Veja também

FRANCO, Alberto Silva et alii, Leis penais especiais e a sua interpretação jurisprudencial, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1096 e ss).

A pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Quando a conduta não seja reprovável, sempre e quando a pena não seja necessária, o juiz pode deixar de aplicar dita pena. O Direito penal moderno não é um puro raciocínio de lógica formal. É necessário considerar o sentido humanístico da norma jurídica. Toda lei tem um sentido teleológico. A pena conta com utilidade. (BRASIL. Cf. decisão de 21.04.1998, relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 17.08.1998, p. 96).

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. (BRASIL. STJ, HC 17956-SP, rel. Min. Vicente Leal).

Existe outra corrente doutrinária e jurisprudencial que aponta no sentido de que o princípio da insignificância não pode ser aplicado ao art. 28 da Lei de Drogas. Vicente Greco Filho (2008, p. 52) adota esta corrente justificando que o art. 28 da Lei 11.242/06 trata-se de “crime de perigo abstrato”, não importando a quantidade de droga apreendida e sim apenas que seja constatado o seu princípio ativo, como, por exemplo, no caso da maconha deve ser encontrado o THC (tetrahidrocanabinol).

Seguem jurisprudências neste sentido:

Para a tipificação do delito, basta que o agente tenha sido surpreendido, tendo consigo substância entorpecente, ainda que em quantidade ínfima, pois, cuidando-se de crime de perigo, sua configuração está vinculada à propriedade da droga, ao risco social e à saúde pública, e não à comprovação da lesividade da conduta ou quantidade apreendida. (BRASIL. TJSP, ApCrim. 202.419-3, 5ª Câmara. Crim. J. 15-5-1997, rel. Des. Dante Busana. JTJ 202/308).

Inaplicável o princípio da insignificância, de molde a tornar objetivamente atípica a conduta de usuário de entorpecentes que é surpreendido na posse de pequeno cigarro de maconha, se constatado, pericialmente, o princípio ativo de toxicidade do estupefaciente, tornando, portanto, relativo o fator peso, uma vez que os teores de THC vêm aumentando graças às técnicas empregadas na elaboração da droga (BRASIL. TJSP, Ap. 311.626-3/0, 3ª Câmara., j. 8-8-2000, rel. Dês. Gonçalves Nogueira, RT 783/625).

O STF também compartilha deste entendimento:

Direito penal e processual penal. Posse ilegal de substância entorpecente (art. 12 da lei nº 6.368/76): pequena quantidade. princípio da insignificância ou crime de bagatela. alegação de falta de justa causa para a ação penal (atipicidade material da conduta). "Habeas corpus". 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes. 2. Não

evidenciada a falta de justa causa para a ação penal, o "H.C." é indeferido (BRASIL. STF, HC 81641-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04-04-2003, p.51).

Cabe observar que mesmo que o princípio da insignificância não seja aplicado, a quantidade ínfima da substância entorpecente apreendida influenciará na fixação da pena. De acordo com este ensinamento julgou o TJSP:

A quantidade de entorpecente apreendida, ainda que pequena, não descaracteriza o crime; tal circunstância apenas influenciará quando da fixação da pena (BRASIL. TJSP, Rev. Crim. 260.074-3/5, 2º Gr. Câmara, j. 2-5-2000, rel. Dês. Pedro Gagliardi, RT 780/580).

Assim, verifica-se que há entendimento doutrinário e jurisprudencial nos dois sentidos, todavia a posição de que o princípio da insignificância não se aplica ao artigo 28 da Lei de Drogas é a que prevalece.

Caso a autoridade policial encontre algum usuário ou dependente portando uma quantidade ínfima de droga, sua função é elaborar o termo circunstanciado, não podendo arquivar o inquérito investigatório por entender que a conduta ou o resultado são insignificantes, sua função é enviar o Termo Circunstanciado ao juízo competente. Depois de enviado o Termo Circunstanciado, caso o membro Ministério Público adote a posição de que se aplica o princípio da insignificância ao artigo 28, provavelmente este irá pedir o arquivamento. Se o Ministério Público não pedir pelo arquivamento cabe à defesa esta solicitação e esperar por uma decisão do juiz.

7. A LEI PENAL NO TEMPO E A RETROATIVIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11343/06

Extrai-se do artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal que a lei só retroagirá nos casos em que beneficiar o réu. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também trata deste tema em seu artigo 11.2:

Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito.

O artigo 2º do Código Penal também trata do tema nos seguintes termos: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Por meio de uma análise do artigo 28 caput da Lei 11.343/2006 observa-se que este trouxe penas mais brandas que as do artigo correspondente da lei substituída (art. 16 da Lei 6.368/1976), deste modo, embasando-se nos artigos acima expostos, o artigo 28 da nova Lei de Drogas deve retroagir para que alcance os fatos consumados anteriores a sua vigência.

Na hipótese do processo estar em andamento ou prestes a ser instaurado no Juizado Especial Criminal, a sentença deve ser aplicada com base nas penas do artigo 29 da Lei 11.343/06. Caso o processo esteja correndo no Juízo Comum, este deverá ser remetido ao Juizado Especial Criminal, se houver no local, ressalvados os casos de conexão (art. 48, parágrafo 1º da Lei 11.343/06), mas é de suma importância que em qualquer desses casos sejam aplicadas a as penas do artigo 28 da nova Lei de Drogas. Se o sujeito já foi condenado e ocorreu o trânsito em julgado da sentença deve ser feito o ajuste em fase de execução penal, em conformidade com a Súmula 611 do STF. Ao contrário, se a sentença ainda não estiver transitada em julgado, ainda que em fase recursal, é dever do tribunal fazer a adequação.

Com relação ao parágrafo 1º do artigo 28 da Lei 11.343/2006 é necessária uma análise mais profunda, pois na vigência da lei anterior existiam três posicionamentos a respeito da conduta de “plantio para uso próprio”:

1º) Configurava-se crime de tráfico previsto no artigo 12, parágrafo 1º, inciso II da Lei 6.368/76;

2º) O agente incidia no crime do artigo 16 de Lei 6.368/76, que correspondia ao artigo 28 da nova Lei;

3º) A conduta do agente era atípica, pois não havia previsão do “plantio para uso próprio” na Lei.

No primeiro posicionamento, o mais rígido dos três, mesmo que ficasse demonstrada que a finalidade do cultivo era para consumo próprio, o agente responderia pelo crime de tráfico, tal adequação era fundamentada no fato do legislador não ter feito referência específica ao “plantio para uso próprio”. Nestes casos, os agentes condenados pelo crime de tráfico, ainda que comprovada que a finalidade do plantio de droga era o consumo próprio, por conta da nova regulamentação para este tipo de conduta terão a oportunidade de ingressar com revisão criminal demandando o ajuste à nova legislação mais benéfica para referida matéria.

Neste sentido julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Impossível atribuir ao comportamento do agente o delito de tráfico de drogas, quando as provas dos autos apontam que o cultivo da planta *Cannabis Sativa Lineu* destinava-se a preparação de maconha para seu consumo pessoal. A lei n. 11.343/2006, quanto ao crime de cultivo de drogas para consumo pessoal, por se tratar de *novatio legis in melius*, deve retroagir para beneficiar o agente. (BRASIL. TJDF, Ap. 19990110936910, Ac. 267.681, 2º TCRim., rel. Dês. Getúlio Pinheiro, DJU de 20-4-2007, p. 136, Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 17, Ementário, p.149).

Com relação à segunda hipótese, as penas referentes ao artigo 16 da Lei 6.368/76 que se encontram sendo cumpridas, devem se ajustar às do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em fase de execução, conforme o artigo 66, inciso I, da Lei 7.210/1984. De acordo com a Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação da lei mais benigna”.

Por fim, se posicionamento adotado foi o terceiro, que trata dos casos que foram arquivados ou em que houve absolvição por atipicidade da conduta, é certo que não haverá possibilidade de que estes sejam reabertos por força de uma nova legislação que prevê o “plantio para uso próprio como crime”. Tal impossibilidade se dá por conta do princípio da irretroatividade da lei mais severa. Vale a máxima: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

8. O PROCEDIMENTO PENAL APLICADO EM CONSONÂNCIA AO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

O parágrafo 1º do artigo 48 da Lei de Drogas estabelece que o procedimento a ser seguido no caso do agente que comete o crime de posse de drogas, previsto no artigo 28 do mesmo dispositivo legal, é o do Juizado Especial Criminal, estabelecido nos artigos 60 e seguintes da Lei 9.099/1995.

O procedimento do Juizado Especial Criminal deve ser usado tanto para o crime previsto no caput do artigo 28 da Lei de Drogas como em seu parágrafo, que correspondem às condutas de posse de drogas para consumo pessoal e cultivo para consumo pessoal. Todavia, há uma exceção: caso os crimes do artigo 28 estejam em concurso com algum dos crimes de tráfico, previstos nos artigos 33 a 37 da Lei n. 11.434/2006, o juízo competente será o comum, posto que nos crimes conexos ou em continência o crime mais grave atrai menos grave.

A razão pela qual o procedimento adotado para do artigo 28 é o do Juizado Especial Criminal consiste no fato de que suas penas cominadas (prestação de serviços a comunidade, advertência e comparecimento de curso educativo) o enquadram na categoria de infração de menor potencial ofensivo, representada por todas as infrações com pena máxima de até 2 anos de prisão, com exceção dos crimes de “violência contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo” e os crimes militares.

Cabe ressaltar que o procedimento do Juizado Especial Criminal não se aplica só ao artigo 28 da Lei de Drogas, mas também a todas as outras infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima de até 2 anos de prisão. Além do artigo 28, se enquadram nesta categoria: o crime de tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 3º da Lei n. 11.343/2006) e o crime de prescrição culposa de drogas (artigo 38 da Lei n. 11.343/2006).

8.1 Prisão em flagrante do usuário e dependente de drogas

De acordo com o artigo 48, parágrafo 2º, da Lei n. 11.343/2006, caso o agente seja surpreendido praticando a conduta descrita no artigo 28, não haverá prisão em flagrante. Assim, não há prisão em flagrante para o crime de posse de drogas (artigo 28, caput) e para o de cultivo de plantas para o consumo pessoal.

Como já dito, os artigos 33, parágrafo 3º e 38, ambos da Lei de Drogas, também se enquadram na categoria de infrações de menor potencial ofensivo. Por analogia *in bonam partem* entende-se que a estes também não cabe a prisão em flagrante.

A expressão “não se imporá prisão em flagrante”, utilizada no parágrafo 2º do artigo 48, traz a idéia de que o sujeito não será recolhido ao cárcere e nem será lavrado o auto de prisão em flagrante, todavia, é preciso que se faça cessar a conduta ilícita e que o sujeito seja conduzido à autoridade judicial. A condução pode ser feita, inclusive, de forma coercitiva.

A referida expressão, também não impede que a autoridade policial entre no domicílio do agente caso haja o flagrante delito, pois é necessário fazer com que se cesse a conduta criminosa, que ofende ou coloca em perigo determinado bem jurídico.

Concluída a captura do infrator, a autoridade policial (ou qualquer outra pessoa que efetuou o flagrante) deve encaminhar-lo, de forma imediata, ao juízo competente, ou seja, o agente não deve ser levado à autoridade policial e sim, diretamente, à autoridade judicial. Na prática não ocorre dessa forma, pois não existem juizados de plantão 24 horas por dia, sendo aplicado o parágrafo 3º do artigo 48, ou seja, o indivíduo será apresentado à autoridade policial, que lavrará o termo circunstanciado e liberará o acusado após este prestar o compromisso de comparecer à autoridade judicial.

Conforme o procedimento do Juizado Especial Criminal (artigo 69 da Lei 90.099/95), caso o agente não se comprometa a comparecer em juízo, é dever da autoridade policial lavrar o auto de prisão em flagrante e recolher o infrator ao

cárcere, entretanto, a Lei de Drogas veda expressamente a prisão do agente que cometer o delito do artigo 28, devendo apenas ser lavrado o termo circunstanciado.

A única conseqüência para o autor da conduta criminosa que se recusou a comparecer perante a autoridade judicial, nesse caso, é a condução coercitiva.

Lavrado o termo circunstanciado será feita a requisição dos exames e perícias necessários. Como já explicado, é necessário que fique provada a potencialidade tóxica da substância apreendida com o sujeito ativo do crime, na eventualidade da não comprovação o fato é atípico. Portando, nessa fase é necessário o requerimento do laudo de verificação da natureza e quantidade da substância apreendida.

De acordo como o parágrafo 4º do artigo 48, depois de tomadas todas as providências acima especificadas, o infrator será submetido ao exame de corpo delito caso requeira ou se a autoridade judiciária entender oportuno. Feito o exame de corpo de delito ou na hipótese de não haver requisição o acusado será liberado.

8.2 Transação penal

O artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, citado pelo parágrafo 5º do artigo 48 da Lei de Drogas, trata da transação penal, que consiste em um instituto despenalizador da Lei do Juizado Especial Criminal.

Por meio de uma interpretação da nova Lei de Drogas percebe-se que a transação penal consiste na melhor forma de solucionar o caso de quem incidiu no artigo 28 da Lei n. 11.343/06.

O momento oportuno para a proposta da transação penal é durante a audiência de conciliação, caso as partes entrem em um consenso, não será discutida a responsabilidade do agente, de outro lado, na hipótese de não haver um consenso entre o Ministério Público e o acusado, será iniciado o processo, seguindo o rito sumaríssimo do Juizado Especial Criminal.

É importante salientar que é imprescindível a presença de advogado para o que agente aceite a proposta da transação penal e que apenas o Ministério Público pode fazer referida proposta, pois o crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas trata-se ação pública incondicionada.

Quanto à obrigatoriedade do Ministério Público oferecer proposta de transação penal explica Luiz Flávio Gomes (2006, p. 219):

O Ministério Público tem o poder de formular a proposta de transação penal ou é um dever? É um poder-dever, ou seja, se presentes todos os requisitos legais, ele deve formulá-la. Sua recusa injustificada (ou não aceita pelo juiz) implica na incidência do art. 28 do CPP (remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, a quem cabe a decisão final).

Por fim, cabe ressaltar que, via de regra, ao apresentar a proposta da transação penal, o Ministério Público pode propor a incidência de qualquer espécie de pena, seja ela de multa ou restritiva de direitos. Já na Lei de Drogas, por conta do artigo 28 possuir penas alternativas (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a curso educativo) o Ministério Público fica limitado a propor apenas a aplicação de tais penas, seja de forma isolada ou cumulativamente.

9. CONCLUSÃO

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 trouxe diversas modificações se comparado a aquele que foi substituído. A maior mudança consistiu no fato do legislador afastar o crime de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal da esfera do crime de tráfico, inserindo-o no título que diz respeito às atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Referida mudança despertou na doutrina uma discussão a respeito da descriminalização ou não da posse de drogas para consumo pessoal. Existem fundamentos nos dois sentidos, todavia o que prevalece na doutrina, além de ser o adotado pelo Supremo Tribunal Federal é o de que não houve a descriminalização da conduta descrita no artigo 28 da Lei de Drogas.

O artigo 28 comina ao possuidor de drogas para o consumo pessoal as seguintes penas: “I – advertência sobre os efeitos das drogas, II – prestação de serviços à comunidade e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Com exceção da pena cominada pelo inciso II, tais penas são novas para o direito penal e têm como sua principal finalidade a recuperação do usuário ou dependente de drogas e dar-lhe consciência sobre as conseqüências malélicas que o uso da droga causa à saúde física, além de outros prejuízos sociais.

Quanto à aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28, existe entendimento doutrinário e jurisprudencial nos dois sentidos, todavia a posição de que tal princípio não se aplica ao artigo 28 da Lei de Drogas é a que prevalece.

O procedimento adotado para o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é o do Juizado Especial Criminal, pois as penas cominadas (prestação de serviços a comunidade, advertência e comparecimento de curso educativo) o enquadram na categoria de infração de menor potencial ofensivo, representada por todas as infrações com pena máxima de até 2 anos de prisão.

A qualidade de crime de menor potencial ofensivo permite que haja transação penal, que consiste na melhor forma de solucionar o caso de quem incidiu no crime de posse de drogas para consumo pessoal.

Por fim, cabe ressaltar que caso o agente seja surpreendido praticando a conduta descrita no artigo 28, não haverá prisão em flagrante.

BIBLIOGRAFIA

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

CALLEGARI, André Luís. Et al. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003-2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONÇEIÇÃO, Adaylton de Almeida. **Mundo das Drogas**. Disponível em: <br.monografias.com/trabalhos/mundo-das-drogas/mundo-das-rogas2.shtml#classif>
Acesso em: 18 abr. 2008.

COSTA, Aldo de Campos. O porte de entorpecentes deixou de ser uma infração de menor potencial ofensivo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1857, 1 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11549>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Inglaterra rediscute a descriminalização da maconha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1816, 21 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11413>>. Acesso em: 17 set. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **NOVA lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** lei n. 11.343/2006. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

JESUS, Damásio E. de. Portar droga para uso próprio é crime? . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1794, 30 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

LEAL, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos:** leis n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal:** doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 3. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO, Cebrid. Fornece informações sobre drogas psicotrópicas. Disponível em: <<http://www.cebrid.epm.br/index.php>>. Acesso em: 27 jun. 2008.

ANEXO A – Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas

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

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

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.

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

TÍTULO II

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 4º São princípios do Sisnad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

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

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

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

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

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Art. 8º (VETADO)

CAPÍTULO III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

CAPÍTULO IV

DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

SOBRE DROGAS

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

TÍTULO III

DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

CAPÍTULO I

DA PREVENÇÃO

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

CAPÍTULO II

DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINserÇÃO SOCIAL

DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

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

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

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

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

- I - admoestação verbal;
- II - multa.

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

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.

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

TÍTULO IV

DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA

E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

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

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

§ 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.

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

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO PENAL

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Seção I

Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Seção II

Da Instrução Criminal

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará que se proceda na forma do art. 32, § 1º, desta Lei, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que fixar.

§ 2º Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

CAPÍTULO IV

DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

TÍTULO V

DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I - determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II - ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III - dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma prevista no § 1º do art. 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.

Art. 73. A União poderá celebrar convênios com os Estados visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas.

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Guido Mantega

Jorge Armando Felix