



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ROBINSON LOPES DA COSTA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/2006

Fortaleza-Ceará

2011

ROBINSON LOPES DA COSTA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/2006**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de Concentração:
Inconstitucionalidade do artigo vinte e oito da Lei de Drogas.

Orientação: Prof. Ms. Daniel Maia.

Fortaleza-Ceará

2011

ROBINSON LOPES DA COSTA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/2006**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de Concentração: Inconstitucionalidade do artigo vinte e oito da Lei de Drogas.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Daniel Maia (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Eric de Moraes e Dantas (Mestrado)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Ana Karoline dos Santos Pinto (Mestrado)
Universidade Federal do Ceará - UFC

“É que o 281 foi afastado
O 16 e o 12 no lugar ficou
E uma muvuca de espertos demais
Deu mole e o bicho pegou
Quando os home da lei grampeia
O coro come toda hora
É por isso que eu vou apertar
Mas não vou acender agora...ihhhh!”

(Bezerra da Silva)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que me ajudaram a realizar o presente trabalho, tais como, meu orientador, Professor Daniel Maia;

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

Agradeço à minha família, aos meus amigos e à minha querida namorada que, sem dúvida, são minha base, e responsável por tudo que conquistei até o presente momento;

Por fim, agradeço a Deus por ter sempre me abençoado por toda minha história.

RESUMO

O estudo trata das drogas, em especial a legislação sobre o tema. Aborda-se uma evolução das drogas, inclusive no aspecto normativo interno e internacional. Cuida-se de comparar a legislação atual de drogas com as anteriores. Como ápice do tema disserta-se quanto a inconstitucionalidade do artigo vinte e oito da Lei nº 11.343 de 2006, quanto a penalização das condutas relacionadas à posse de drogas para uso pessoal.

Palavras-chave: Drogas. Lei nº 11.343/2006. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The study comes to drugs, in particular the law on the subject. Addresses has been a change of drugs, including domestic and international regulatory viewpoint. Care is taken to compare the current drug legislation with the previous. As the apex of the dissertation, topic is about the unconstitutionality of Article twenty-eight of Law No. 11,343 of 2006, about the penalty of conducts related to the possession of drugs for personal use.

Keywords: Drugs. Federal Law nº11,343/2006. Unconstitutionality.

RESUMEN

El estudio trata de las drogas, en especial la legislación del asunto. Se aborda una evolución de las drogas, incluso el aspecto normativo interno e internacional. Se preocupa en comparar la legislación actual de las drogas a las anteriores. Como punto principal del asunto, se diserta a inconstitucionalidad del artículo veintiocho de la ley n° 11.343 de 2006, cuanto a penalización de las conductas relacionadas a la posesión de drogas para uso personal.

Palabras clave: Drogas. Ley n° 11.343/2006. Inconstitucionalidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. HISTÓRICO	11
1.1 As drogas ao longo da história.....	11
1.2 Da evolução legislativa no plano internacional.....	12
1.3 Evolução legislativa no plano interno.....	15
2. DO COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 11.343/2006 E A LEGISLAÇÃO ANTERIOR	20
2.1 Da nomenclatura “droga”.....	20
2.2 Do tráfico de drogas.....	23
2.3 O usuário na nova Lei de Drogas.....	29
3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE 2006	33
3.1 Da natureza jurídica do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006.....	33
3.2 Da inconstitucionalidade.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51

Introdução

De forma introdutória foi abordado, no primeiro capítulo desta monografia, o histórico do tema. Dentro do histórico, foi tratado de início sobre o uso das drogas ao longo da história, trazendo a lume desde as primeiras civilizações da antiguidade, tais como Egito, Grécia e Roma, até os dias atuais, dissertando sobre o uso do álcool, do ópio, da maconha e da coca. Em seguida, é feita uma abordagem da evolução das legislações internacionais sobre o tema, às quais se desenvolveram inicialmente para solucionar a questão da venda do ópio, acarretando, inclusive, a chamada Guerra do Ópio na China. Ainda no histórico, é trazido à baila um resumo sobre as legislações brasileiras sobre o tema drogas, sendo desde as Ordenações Filipinas até a Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.

No capítulo seguinte, tratamos de comparar a Lei nº 11.343/2006 com as legislações diretamente anteriores, a Lei nº 6.368/76 – que dissertava sobre os crimes e as penas – e a Lei nº 10.409/02 – que versava sobre os procedimentos, sendo que as duas leis coexistiram em decorrência do veto presidencial no capítulo da Lei nº 10.409/02 que tratava dos crimes e das penas, permanecendo válida a parte que tratava das disposições processuais penais. Tratamos de debater sobre o novo uso do termo drogas e sua origem, uma vez que substituiu a antiga expressão substância entorpecente que cause dependência física ou psíquica. Mais a frente, fora feita a comparação dos tipos penais das condutas associadas ao tráfico de drogas, o qual é fortemente combatido pela legislação em vigor. No final do capítulo, compara-se entre as legislações como é tratado o usuário de droga, pois na nova legislação, ao contrário do que houve com relação ao tráfico de drogas, teve um abrandamento dos tipos relacionados com as condutas do usuário.

O próximo tema, cujo título era a inconstitucionalidade do artigo 28 da nova Lei de Drogas, foi dividido em duas partes, a primeira que trata da natureza jurídica do referido dispositivo, uma vez que existe uma divergência doutrinária quanto ao tema, sendo que uma parte da doutrina defende que houve uma descriminalização; outra parte que ocorreu uma despenalização; outra corrente defendendo que seria uma infração *sui generis*, não sendo crime ou contravenção; há ainda quem entenda que ocorreu mera

desprisonalização; por último, os doutrinadores que pensam que não ocorreu nem descriminalização, nem despenalização, nem o tipo é uma infração *sui generis*. A segunda parte do capítulo tratou sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, por ofensa a diversos princípios, por exemplo: da legalidade, da ofensividade, da alteridade, da igualdade, da intimidade, da tolerância, dentre outros. É tema deste capítulo, ainda, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que em uma decisão sobre um caso concreto decretou a absolvição do réu pela declaração de inconstitucionalidade da referida norma.

1. HISTÓRICO

1.1 As drogas ao longo da história

Desde o surgimento das primeiras civilizações já se utilizava droga, dentre os relatos históricos do tema, existe a mitologia greco-romana que associava o vinho às divindades. É de salutar relevância, ainda na antiguidade, as passagens bíblicas sobre o assunto, demonstrando o uso das drogas entre os hebreus.

Nesse sentido é o ensinamento de José Geraldo da Silva (SILVA, 2010, p. 865):

Tanto a história bíblica quanto as mitologias grega e romana trazem relatos acerca do uso de bebidas alcoólicas. Temos o exemplo do patriarca Noé (Gênesis 9.20-21); Dionísio da mitologia grega; e Baco, da mitologia romana. Baco era crido como filho de Júpiter e Sêmele, e considerado o deus do vinho e da fecundidade. Entre os romanos, de três em três anos, celebravam-se festas de honra a Baco, as bacanais. Baco é também conhecido por Liber, porque o vinho, alegrando o espírito, livra-o momentaneamente de toda preocupação. As outras designações são: Jacus, Tioneus e Leneus.

Percebe-se que o álcool, desde os primórdios, é conhecido e utilizado pelos homens como droga. Observa-se que, sendo muito popular, é tolerado pelas primeiras civilizações, fato que é motivo para este ser aceito até os dias atuais, desde que sob certas circunstâncias, tais como, não utilizar a droga, quando do controle de veículos automotores.

No entanto, não apenas o álcool era utilizado na antiguidade, diversas drogas eram, também, desenvolvidas, tais como o ópio, maconha e a coca, inclusive no continente americano, com os incas e os astecas, no continente africano, sendo em muitos casos a droga ligada a cultos religiosos.

Na lição de Silva (SILVA, 2010, p. 865), assim descreve o tema:

Outras drogas apareceram nos ritos sagrados dos templos de Dionísio, no oráculo de Delfos, enquanto no Oriente o homem aprende a extrair o ópio do suco da papoula. Heródoto conta que os citas se embriagavam com os vapores das sementes de cânhamo lançadas sobre as pedras aquecidas, o que demonstra a antiguidade do vício da maconha. A planta, sagrada para os hindus, também era tida como divina por certas tribos africanas, donde vieram as sementes para o Brasil nas tangas dos escravos. Ao chegar à

América, a erva iria encontrar os astecas adorando e comendo um cacto, a fim de se pôr em contato com as divindades através da mesalina, enquanto os incas mascavam as folhas de coca.

Quanto ao Brasil, existem tribos indígenas, de hábitos muito antigos, localizadas na Floresta Amazônica, que utilizam substâncias entorpecentes como uma forma religiosa, assim como o era, em grandes partes das civilizações.

Assim ensina Silva (SILVA, 2010, p. 865):

No Brasil existem religiões que consomem um chá extraído de plantas da Floresta Amazônica – a *ayahuasca* – que é chamada de *Oasca* na União do Vegetal e *Daime* no Santo Daime, cuja ingestão em rituais religiosos é autorizada pelo governo brasileiro e que, em meio a músicas e chamadas, permite que as pessoas entrem em contato com o divino.

Algumas drogas foram utilizadas ao longo da história como remédios, por exemplo, a maconha, no século XVIII, por povos africanos e asiáticos como analgésico; morfina, sobretudo na Primeira Guerra Mundial, com a finalidade de minimizar as dores por conta do grande número de feridos em combate e as amputações por causa das gangrenas; as anfetaminas, principalmente na Segunda Guerra Mundial, de modo a evitar a sonolência, o cansaço e a fome nos campos de batalha.

1.2 Da evolução legislativa no plano internacional

No começo do século XX, iniciaram-se as primeiras tentativas de se estabelecer normas de Direito Internacional, sobre a repressão e o comércio de drogas entre as nações. A primeira delas foi conferência de Xangai, cuja principal causa foi o conflito ocasionado pela venda de ópio na China. A dita Guerra do Ópio ocorreu, principalmente, por causa da proibição pelo governo chinês da venda de ópio em seu território, cujo principal fornecedor era a Inglaterra, que através de suas colônias na atual Índia onde produziam ópio, que, por mais absurdo que pareça, forçava o comércio de uma substância que em seu país era proibida. No entanto, não fora estabelecido entendimento entre as nações na conferência de Xangai.

Outras conferências, ainda, ocorreram, tais como, a Conferência Internacional do Ópio em Haia, a qual foi prejudicada pela Primeira Grande Guerra; a Conferência de Bangkok, que reviu alguns dispositivos da prejudicada Conferência de

Haia; a Conferência de Genebra, que tentou regulamentar o tráfico internacional de entorpecentes.

Com maestria aponta Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2011, p. 73-74):

Apesar de o uso de substâncias entorpecentes ser tão antigo quanto a humanidade, apenas no século passado foram feitas as primeiras tentativas de controle e repressão em âmbito polinacional. A primeira delas foi com a conferência de Xangai, em 1909, que reuniu 13 países para tratar do problema do ópio indiano infiltrado na China. Essa conferência internacional, porém, não produziu resultados práticos. Em dezembro de 1911, reuniu-se em Haia a primeira Conferência Internacional do Ópio, a qual resultou, em 1912, numa convenção internacional prejudicada em sua execução pela I Grande Guerra, tendo entrado em vigor apenas em 1921. Com a criação da Sociedade das Nações, sua Convenção constitutiva (art.23,c) reconheceu a atribuição de elaboração de acordos sobre o tráfico de ópio e outras drogas nocivas, tendo sido criada em fevereiro de 1921 a “Comissão Consultiva do ópio e drogas nocivas”. Ainda vinculadas às Sociedades das Nações, mais cinco conferências foram realizadas: a de 1924, da qual surgiu, em 1925, o acordo de Genebra, tornou a realidade os dispositivos da Conferência de Haia de 1912, tendo sido revista na Conferência de Bangkok em 1931; ainda em 1924, em novembro, nova Conferência realizou-se em Genebra, à qual comparecem, além dos membros da Sociedade das Nações, os Estados Unidos e Alemanha, tendo sido, nesta Conferência, ampliando o conceito de substância entorpecente e instituído sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação; em 1931 e 1936, também em Genebra, duas novas Conferências foram realizadas, ficando estabelecida a obrigação de os Estados participantes tomarem as providências para proibir, no âmbito nacional, a disseminação do vício.

Após a Segunda Grande Guerra, em decorrência do grande holocausto, do grande número de mortos, da perturbação política e social, houve um aumento no uso de drogas. A ONU, Organização das Nações Unidas, entidade internacional que surgiu em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, com o fim de substituir a antiga Sociedade (ou Liga) das Nações, observando o alto índice de uso de drogas, realizou diversas convenções, em 1948, em Paris; em 1952, em Nova Iorque; em 1961, a mais importante, a Convenção Única de Nova Iorque sobre Entorpecentes.

A Convenção Única de Nova Iorque sobre Entorpecentes invalidou as convenções antecedentes, exceto a convenção de 1936. Foi referendada pelo Brasil em 1964, tendo sido promulgada, no mesmo ano, pelo Decreto nº 54.216/64, o qual estabeleceu medidas de ação contra o tráfico de drogas e uma política de mútua cooperação entre os Países para um combate universal ao tráfico.

Deste modo nos ensina o professor Greco Filho (GRECO FILHO, 2011, p. 75):

Dispõe, ainda, a Convenção Única sobre as medidas que devem ser adotadas no plano nacional para a efetiva ação contra o tráfico ilícito, prestando-se aos Estados assistência recíproca em luta coordenada, providenciando que a cooperação internacional entre os serviços competentes se faça de maneira rápida. Em seguida, a Convenção traz disposições penais, recomendando que todas as formas dolosas de tráfico – produção, posse etc. de entorpecentes em desacordo com ela – sejam punidas adequadamente. Quanto aos toxicômanos, recomenda seu tratamento médico e que sejam criadas facilidades de reabilitação.

A referida convenção traz, ainda, um rol de listas anexas que trazem substâncias consideradas drogas para efeito de tráfico e para fiscalização especial. Nas Listas I e II encontram-se as substâncias entorpecentes propriamente ditas, naturais ou sintéticos; na Lista III, os preparados de entorpecentes; na Lista IV, os entorpecentes particularmente perigos e de necessária fiscalização; na Lista V, situam-se os preparados e misturas das substâncias previstas nas Listas II, III e IV.

Outra convenção de grande relevância é a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena em 1971, a qual foi ratificada pelo Brasil, no entanto apresentando reservas aos artigos 19, §§ 1º e 2º, 27, e 31. Foi promulgada pelo Decreto nº79. 388/77.

Com vista à colaboração universal ao tráfico de drogas, foi feita, em Viena, em 1988, a Convenção Contra o Tráfico de Ilícitos de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, a qual foi promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 154/91.

Na América do Sul, existe o Acordo Sul-Americano de Entorpecentes e Psicotrópicos de Buenos Aires, o qual foi promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº79455/77. Este referido acordo visa à solidariedade no combate as drogas, buscando princípios e objetivos comuns, através de tentativa de harmonizar as legislações dos signatários.

Em 2000, foi firmada a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, na qual busca a prevenção e repressão aos crimes transnacionais, nos quais se inclui, por derradeiro, o tráfico internacional de drogas. Tentavam-se, ainda, por meio desta convenção, as reformas das legislações penais e processuais penais de diversos Estados de modo a legitimar o caráter internacional dos crimes previstos na referida convenção.

1.3 Evolução legislativa no plano interno

No plano interno, a primeira legislação aplicável ao nosso território, quando ainda era colônia de Portugal, ao tratar do tema drogas foram as Ordenações Filipinas elaboradas no governo de Dom Filipe I, sendo uma reforma das Ordenações Manuelinas. No entanto, só foi estabelecida e impressa no poder de Dom Filipe II.

Assim, dispunham as Ordenações Filipinas, no Título LXXXIX, segundo nos ensina José Henrique Pierangeli (PIERANGELLI, 1980, p. 78):

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for *Boticario* examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar e seja degredado para Africa até nossa mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fóra, e as vender as pessoas, que não forem *Boticarios*.

E os *Boticarios* as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiais conhecidos per elles, e taes, de que se presuma que as não darão á outras pessoas.

E os ditos Officiais as não darão e nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

E os *Boticarios* poderão metter em suas mesinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escriptores fôr mandado.

E fazendo contrario, vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiais conhecidos, pela primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir.

E pola segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem”

Observa-se que o uso das drogas em tais períodos era restrito aos farmacêuticos, chamados Boticários a época, e aos médicos, sendo necessária, ainda, a licença governamental.

No período imperial brasileiro, poucos meses antes da abdicação de Dom Pedro I, foi sancionado o Código Criminal do Império em 1830, no entanto não tratou do tema drogas. Apenas o regulamento de 29 de setembro de 1851, ao versar sobre a polícia sanitária e o comércio de substâncias medicinais.

Com a instalação da república em 1889, fora promulgado o Código Penal de 1890, no qual foi abordado o tema de drogas no artigo 159 do Capítulo III, intitulado Dos Crimes Contra a Saúde Pública, por sua vez inserido no Título III, Dos Crimes Contra a Tranquilidade Pública, assim dispondo, conforme ensinamentos de Pierangelli (PIERANGELLI, 1980, p. 286): “Art. 159. Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.”.

Para se obter uma maior organização legislativa, por decorrência do grande número de legislações especiais penais, aprovou-se, por meio do Decreto n.º 22.213, a Consolidação das Leis Penais de 1932, início da Era Vargas, dispondo no artigo 159 sobre o tema, desta forma (AVELINO, 2010):

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substancias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substancias: Pena – de prisão cellullar por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

§ 1º. Quem for encontrado tendo comsigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia tóxica, de natureza analgésica ou entorpecente, seus saes, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica, em dóse superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer, para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias: Penas – de prisão cellullar por três a nove mezes e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Ante o teor da norma supra, é visível a diferenciação feita pelo legislador da época entre as condutas de tráfico de drogas, de guardar drogas e ter em depósito. Observa-se, outrossim, o aumento no número de condutas puníveis, núcleos verbais, do que as legislações anteriores.

Em 1940, em meio a Ditadura Vargas, a Segunda Grande Guerra, sobre a vigência da Carta de 1937, é editado um novo Código Penal. Este tratava do tema em seu artigo 281, sendo posteriormente alterado pela Lei nº 4.451/64 para incluir a conduta de plantar, sendo, ainda, este referido artigo alterado pela Lei 5.726/71, ampliando seu conteúdo, visando uma legislação de combate as drogas mais completa, *in verbis* (GRECO FILHO, 2011, p. 90-92):

COMÉRCIO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

MATÉRIAS-PRIMAS OU PLANTAS DESTINADAS À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTES OU DE SUBSTÂNCIAS QUE DETERMINEM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou das substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

CULTIVO DE PLANTAS DESTINADAS À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTES OU DE SUBSTÂNCIAS QUE DETERMINEM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

AQUISIÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

IV - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

PRESCRIÇÃO INDEVIDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

§ 2º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração do preceito legal ou regulamentar:

Pena - detenção de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 3º Incorre nas penas de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, quem:

INDUZIMENTO AO USO DE ENTORPECENTE OU DE SUBSTÂNCIA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

LOCAL DESTINADO AO USO DE ENTORPECENTE OU DE SUBSTÂNCIA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

II - utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

INCENTIVO OU DIFUSÃO DO USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

III - Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

FORMA QUALIFICADA.

§ 4º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço), se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o inciso I do § 3º.

BANDO OU QUADRILHA.

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

FORMA QUALIFICADA.

§ 6º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos §§ 1º, inciso III, e 2º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço).

FORMA QUALIFICADA.

§ 7º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal.

Em 1976, foi promulgada a Lei nº 6.368/76 a qual revogou a Lei nº 5.726/71, como consequência o extenso artigo 281 do Código Penal, no entanto, permaneceu o artigo 22, que versa sobre procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de drogas. A parte penal, propriamente dita –

Dos Crimes e das Penas - da Lei 6.368/76, permaneceu em vigor até o início da vigência da atual lei de drogas, Lei nº 11.343/06.

Em 2002, com a intenção de inovar no tema de drogas, com o fim de abrogar a legislação anterior, foi produzida a Lei nº 10.409/02; no entanto, tal feito não foi possível, uma vez que foram vetados inúmeros artigos da referida lei.

Nessa esteira, é de bom alvitre trazer à baila o trecho bastante elucidativo da obra *Tóxicos: prevenção-repressão de lavra* do professor Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2011, p. 94-95), que assim relata:

Dada a péssima qualidade no seu aspecto mais importante, qual seja a definição dos crimes, que obrigou o Poder Executivo a vetar todo Capítulo III – ‘Dos Crimes e das Penas’. Bastava ler o texto vetado para aferir a sua impropriedade e absurdo. Aliás, impropriedades é que não faltam: o art. 38 usava o termo ‘mandato’ quando juridicamente correto seria ‘mandado’ (costumamos reprovar nossos alunos que não os usam corretamente).

Por consequência dos vetos presidenciais, ficamos sob a vigência das duas leis, sendo que a Lei nº 6.368/76 ficou tratando da descrição dos tipos penais e a Lei nº 10.409/02, dispondo sobre as normas processuais e procedimentos aplicáveis. Tal celeuma, todavia, só foi solucionada com a nova lei de drogas – Lei nº 11.343 de 2006.

2. DO COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 11.343/2006 E A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

2.1 Da nomenclatura “droga”

A legislação atual, diferentemente das anteriores, optou pelo termo droga, substituindo as designações substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica, as quais eram constantes nas leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02.

A nova nomenclatura busca solucionar alguns dilemas gerados pelo termo utilizado pela legislação anterior, uma vez que nem todas as substâncias entorpecentes causam dependência física ou psíquica, ou se poderiam ser punidas por outras substâncias não enquadradas como entorpecentes, mas incluídas nas listas de substâncias proibidas ou de uso restrito.

Ensina-nos João José Leal (LEAL, 2006), com grande clareza sobre o tema:

Tal ajuste terminológico era necessário, também, para eliminar de vez um foco de divergência, pois nem todas substâncias causadoras de dependência podem ser classificadas como *entorpecentes*, como parecia indicar a lei anterior. Além disso, passou-se a entender que o essencial é o caráter de nocividade à saúde da substância tóxica ou entorpecente e de seu potencial para causar dependência, independentemente do resultado.

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 conseqüência ser considerada como objeto material do crime de tráfico.

Diferenciando droga de entorpecente, de tóxico e de narcótico, nos ensina na obra *Leis Penais Especiais Anotadas*, Geraldo da Silva (SILVA, 2010, p. 866):

O vocábulo *droga* é de origem persa, e significa *demônio*. Segundo a Organização Mundial de Saúde, droga é toda substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções. Já *tóxico* é toda droga capaz de provocar, após introduzida no organismo vivo, reações graves. *Entorpecente* é toda droga capaz de provocar entorpecimento ou torpor. *Narcótico*, por sua vez, é a droga opiácea que, introduzida no organismo vivo, é capaz de provocar sedação e analgesia.

A denominação anterior, substâncias entorpecentes, ocorreu por causa da tradução das convenções internacionais sobre drogas, Convenção Única sobre

Entorpecentes de 1961 e Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, de Viena, de 20.12.1988, no entanto o texto em inglês a expressão usada é *drug*.

Para exemplificação do caso, utilizar-se-á o artigo primeiro da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, em inglês *Single Convention on Narcotic Drugs*, abaixo transcrito (ONU, 1961):

Article 1

DEFINITIONS

1. Except where otherwise expressly indicated or where the context otherwise requires, the following definitions shall apply throughout the Convention:

[...]

j) "Drug" means any of the substances in Schedules I and II, whether natural or synthetic.

[...]

n) "Manufacture" means all processes, other than production, by which drugs may be obtained and includes refining as well as the transformation of drugs into other drugs.

[...]

u) "Schedule I", "Schedule II", "Schedule III" and "Schedule IV" mean the correspondingly numbered list of drugs or preparations annexed to this Convention, as amended from time to time in accordance with article 3.

Corroborando com o exposto, leciona João José Leal (LEAL, 2006):

Na verdade, a divergência terminológica decorreu da opção feita quando da tradução oficial dos textos das referidas convenções internacionais para a Língua Portuguesa. 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*.

Como visto, a nova lei de drogas utiliza-se de vocábulos mais escorregiosos no que se refere ao ajuste terminológico científico, tanto medicinal, quanto penal, abrangendo e ampliando os produtos e substâncias que causam dependência, não restrito apenas a expressão entorpecente de outrora.

A Lei nº 11.343/06 em seu preâmbulo e no seu artigo primeiro já demonstra a utilização da nova nomenclatura, conforme a abaixo exposto (NUCCI, 2010, p. 331):

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.

Pela leitura do parágrafo único da nova lei de drogas, observa-se tratar de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que é regulada por uma portaria elaborada pelo Poder Executivo da União, atualmente a da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, Portaria SVS/MS 344/98, que possui uma lista catalogada de substâncias consideradas drogas para efeitos penais.

Sobre as normas penais em branco heterogêneas, é de bom alvitre o ensinamento do penalista Rogério Greco, na sua obra *Curso de Direito Penal*, parte geral (GRECO, 2007, p. 24-25):

Diz-se heterogênea, ou em sentido estrito, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. No caso do art. 28 da Lei Antidrogas, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao artigo foi produzido por uma autarquia (ANVISA) vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), que integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) – art. 14, I, do Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006 –, e a Lei nº 11.343/2006 foi editada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo).

Assim, para que possamos saber se uma norma penal em branco é considerada homogênea ou heterogênea é preciso que conheçamos sempre, sua fonte de produção. Se for a mesma, ela será considerada homogênea; se diversa, será reconhecida como heterogênea.

Na mesma esteira, é, também, o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, comentando o parágrafo único do artigo primeiro da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (NUCCI, 2010, p. 332):

2. Norma penal em branco: continua a Lei de Drogas a ser uma norma penal em branco. Há um órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas em geral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas. Consultar, ainda, o art. 66 desta Lei, que menciona, expressamente, a vigência, por ora, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998. Conferir: STJ: ‘A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das substâncias sujeitas a controle especial, é suficiente para a sua caracterização como droga, sendo

prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias, efetivamente, causam dependência. O exame pericial será necessário para outros dados (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica etc.), que não a possibilidade de causar dependência, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas' (HC 139667 – RJ, 5ª T. rel. Felix Fischer, 17.12.2009, v.u.).

Apesar da mudança na nomenclatura, o novo termo, *drogas*, também está sujeito a críticas. O uso da palavra no plural dá a interpretação que se o agente estiver portando apenas um tipo de drogas, o fato seria atípico.

Nessa esteira, é o pensamento do escritor Renato Marcão, na obra *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova Lei de Drogas, na qual critica o termo drogas* (MARCÃO, 2010, p. 53):

O legislador não utilizou de boa técnica ao cuidar do *caput* do art. 28, na medida em que as condutas típicas se referem a drogas, no plural.

Desde logo é possível antever que não faltarão defensores para argumentar que, por força de interpretação restritiva, é preciso concluir que, ao se utilizar da expressão “drogas” (no plural), o legislador passou a exigir que as figuras previstas no *caput* do art. 28 tenham relação com mais de um tipo de droga; por isso o plural, resultado de tal raciocínio que, se o agente adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo apenas um tipo de droga, a conduta será atípica (o que implicaria *abolitio criminis* em relação às condutas: adquirir, guardar e trazer consigo, antes também reguladas no art. 16 da Lei 6.368/76).

Tal forma de pensar não é acertada, nada obstante a letra da lei. A interpretação correta exige bom senso e que busque o verdadeiro espírito da lei, que de maneira alguma autoriza a conclusão liberalizante, para a finalidade acima apontada.

2.2 Do tráfico de drogas

Na Lei nº 11.343, o tema do tráfico de drogas está disposto no seu artigo 33 *caput*, que revogou o antigo 12 da Lei nº 6368/76. Houve uma pequena mudança de alguns núcleos, a substituição da expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por, simplesmente, drogas; ocorreu, também, a inclusão da expressão “ainda que gratuitamente”.

No entanto, quanto à sanção penal aplicada ao referido crime, houve um considerável aumento de pena, tanto na reclusão, de elevação na pena mínima de três

anos para cinco anos, quanto na pena de multa de pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa para iniciais quinhentos a mil e quinhentos dias multa.

Sobre o tema, são relevantes os ensinamentos do professor da Universidade Federal do Ceará, Samuel Miranda Arruda, na obra *Drogas: aspectos penais e processuais penais* (ARRUDA, 2007, p. 52-53):

Mudança importante houve na fixação da pena abstratamente cominada ao delito. O crime passou a ser sancionado com pena mínima de cinco anos de reclusão, o que representa um incremento de $2/3$, se considerado o patamar mais baixo da sanção anteriormente cominada (três anos). A pena máxima persiste sendo 15 anos de reclusão, tendo havido, portanto, uma redução do intervalo sancionatório. De logo cumpre referir que a alteração no mínimo da pena terá reflexos logo cumpre referir que a alteração no mínimo da pena terá reflexos inclusive na fixação do regime inicial de cumprimento da privação de liberdade, já que os condenados à pena superior a quatro anos de reclusão iniciarão seu cumprimento em regime semi-aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, b, do CP. Para além da alteração na pena restritiva de liberdade, a multa cominada ao delito-base de tráfico foi também substancialmente majorada. Enquanto na Lei 6.368 o infrator do artigo 12 sujeita-se à pena de 50 a 360 dias-multa, o agente que transgredir o novo artigo 33 será apenado com um mínimo de 500 e um máximo de 1.500 dias-multa. Daí se vê que a multa mínima foi decuplicada, enquanto seu patamar máximo chegou a quadruplicar. Para que se tenha uma idéia de valores, tomando por base os patamares mínimo e máximo do dia-multa (consoante estabelecidos no artigo 43 da presente lei), o menor valor a que o agente pode ser condenado será de cerca de 17 salários-mínimos, enquanto o máximo valor chega a 7.500 salários-mínimos, quantia que pode ser decuplicada na forma do parágrafo único do artigo 43. O legislador pretendeu certamente asfixiar o tráfico também por meio de sanções financeiras, o que obedece à lógica de apenar pecuniariamente as condutas criminosas que propiciam lucro elevado aos agentes. É interessante frisar que com a majoração da multa cominada em abstrato ganha ainda mais relevo a discussão acerca da competência para a execução desta pena, e, principalmente, da aplicação dos limites à execução consoante prescritos na legislação fiscal.

No parágrafo terceiro do artigo 33 da nova lei de drogas, existe um novo tipo penal que sanciona a conduta daquele que oferece droga, eventualmente e sem finalidade lucrativa, para consumir com pessoa de seu relacionamento, em geral grupos de amigos em que um oferece ao colega, ou em casos em que um casal de namorado um oferece ao outro, sendo necessário que em ambos os casos não possua o agente finalidade lucrativa e que, também, seja usuário da droga.

Quando da égide da Lei nº 6368/76, discutia-se se tal comportamento deveria ser enquadrado como tráfico de drogas ou ser desclassificado, pelo fato de ser pequena a quantidade da droga, pelo uso conjunto, sem finalidade lucrativa.

Nessa esteira é a doutrina do professor Arruda (ARRUDA, 2007, p. 64-65):

Tem-se aqui tipo penal inteiramente novo, sem correspondência na Lei 6.368 e que surge para impedir que o excesso de rigor na interpretação da norma do artigo 33, *caput*, possa conduzir a resultados injustos. Já na vigência da Lei 6.368 discutia-se o enquadramento a dar à conduta do agente que fornecia drogas gratuitamente para uso compartilhado em grupo de amigos ou colegas. A julgar pelo elemento literal, tal conduta subsumi-se ao crime do artigo 12 da Lei revogada, na modalidade ‘fornecer, ainda que gratuitamente’, substância entorpecente. Assim, suponhamos que o agente transportasse droga para seu uso pessoal e o de sua namorada. Formalmente, poderia ser acusado de fornecer o entorpecente à garota e, portanto, praticava crime de tráfico de drogas. A jurisprudência, contudo, já havia se consolidado no sentido da desclassificação para o crime relacionado ao uso, sempre que havia cessão de drogas entre pessoas conhecidas e uso compartilhado de pequena quantidade de substância entorpecente.

A nova lei de drogas, em seu artigo 35, revogando o artigo 14 da Lei nº 6.368/76, cujo conteúdo era muito semelhante, tipificou a associação para o tráfico de drogas. O crime é muito semelhante ao do tipo da formação de quadrilha, prevista no artigo 288 do Código Penal, no entanto a norma do código não tem um fim especificado, apenas cometer crimes.

Entretanto, a Lei nº 8.072/90, no seu artigo 8º, consolidou uma forma de quadrilha com finalidade específica de cometer crimes hediondos e equiparados, surgindo uma celeuma sobre se houve revogação da Lei nº 6.368/76 ou não.

Sobre o tema, Rogério Sanches Cunha, sob coordenação de Luiz Flávio Gomes, na obra *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo*, assim disserta (GOMES, 2011, p. 223):

Na vigência da Lei 6.368/76, a associação para o tráfico (art. 14) era punida com reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. Com o advento da Lei 8.072/90, nasceu séria controvérsia. É que o seu art.8º, *caput*, estipulou pena de 3 (três) a 6 (seis) anos quando o delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) visasse, dentre outros, a prática do comércio de drogas e maquinário. Surgiu a inevitável pergunta: o art. 288 do CP c/c art. 8º, *caput*, da Lei 8.072/90, revogou o art. 14 (associação especial)? Depois de anos discutindo, o STF colocou uma pá de cal no assunto, decidindo que o art. 8º, *caput*, da Lei dos Crimes Hediondos alterou somente o preceito secundário do art. 14 (que passou a ser de 3 a 6 anos), sem revogar o tipo incriminador (JSTF 243/356). Agora, com a nova Lei, a pena privativa de liberdade do delito de associação foi restaurada (3 a 10 anos de reclusão), majorando-se, também, a pecuniária. Em síntese, estamos diante de *novatio legis in pejus*, aplicando-se somente aos fatos ocorridos na sua vigência, sendo vedada, em caráter absoluto, a sua retroatividade (art. 1º do CP), salvo se a associação ainda estava em atividade, pois sendo delito permanente, aplica-se na espécie a Súmula 711 do STF: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

No parágrafo único do art. 35, inovando a legislação de drogas, traz a lume a aplicação das mesmas penas da associação ao tráfico para quem se associa com o fim

de praticar a conduta do artigo 36 da Lei nº 11.343/06, o qual dispõe sobre o financiamento do tráfico de drogas, norma sem dispositivo correspondente na Lei nº 6.368/76.

Manifestando-se sobre o tema, Guilherme Souza Nucci, no livro *Leis penais e processuais penais*, deste modo nos instrui e critica a redação da norma positivada no artigo 35, precisamente sobre o parágrafo único (NUCCI, 2010, p. 380):

109. Nova figura de associação: parece-nos desnecessária essa inédita previsão, remetendo o tipo penal do art. 35, parágrafo único, a inédita figura típica, que é o art. 36. O motivo é simples. Quem financia ou custeia o tráfico ilícito de entorpecentes é partícipe (quem de qualquer modo concorre para o delito, incide nas penas a ele cominadas, conforme art. 29 do Código Penal). Portanto, o financiador dos executores dos crimes previstos nos arts. 33 e 34 (antigos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76) podem ser inseridos nestas duas últimas figuras típicas, sem qualquer prejuízo para a legalidade. Portanto, quem se associa para financiar o tráfico de drogas também deveria responder, normalmente, pela figura do art. 35, *caput*. Essa é a desnecessidade da inédita previsão do parágrafo único do art. 35.

Inovando as legislações anteriores, a Lei nº 11.343 de 2006 positiva a conduta de financiamento do tráfico de drogas. Nas legislações anteriores não havia dispositivo semelhante, salvo na redação original da Lei nº 10.409, precisamente no artigo 14, vários núcleos relacionados ao tráfico de drogas, e no artigo 15, associação financeira para o tráfico, no entanto toda a parte que definia os crime e as penas da referida lei foram vetadas, por motivos outrora já explicitados. Vejamos a redação dos artigos 14 e 15 da Lei nº 10.409/02 (BRASIL, 2002):

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 14. Importar, exportar, remeter, traficar ilicitamente, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, **financiar**, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar a consumo e oferecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena: reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa.

[...]

Art. 15. Promover, fundar ou **financiar** grupo, organização ou associação de 3 (três) ou mais pessoas que, atuando em conjunto, pratiquem, reiteradamente ou não, algum dos crimes previstos nos arts. 14 a 18 desta Lei:

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, e multa. (Grifei)

As razões do veto estão na Mensagem nº 25 de 11 de janeiro de 2002, enviada ao Presidente do Senado Federal, pelo Presidente da República, com auxílio do Ministério da Justiça, em suas próprias palavras (BRASIL, 2002):

Em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão.

O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal dispõem que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Além disso, o art. 5º, XLVI, da Lei Maior, consagra o princípio da individualização da pena, atribuindo à Lei essa tarefa. Por fim, o art. 5º, XLVII, "b", também da Constituição, determina a proibição de pena de caráter perpétuo.

O projeto, lamentavelmente, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas. Diferentemente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais.

Em matéria tão sensível, não se deve presumir a prudência das instituições, pois a indeterminação da lei penal pode ser a porta pela qual se introduzem formas variadas e cruéis de criminalidade legalizada.

A inconstitucionalidade apontada contamina os artigos 19 e 20, na medida em que estes descrevem tipos penais cujas penas são as presentes no art. 21.

Quanto ao artigo 14 do projeto, o primeiro do capítulo em comento, o tipo em questão já é contemplado pelo art. 12 da Lei nº 6.368/76, com a mesma cominação de pena. No projeto, todavia, dois verbos somaram-se aos verbos do tipo vigente: "financiar" e "traficar ilícitamente". Conquanto representassem, em tese, avanços legislativos, contêm o risco inadmissível, ainda que remoto, de provocar profunda instabilidade no ordenamento jurídico.

Veicula-se tese no meio jurídico pela qual a redação proposta pelo projeto no art. 14 promoveria uma "evasão de traficantes das prisões". Explique-se. O verbo "traficar" acrescentado pelo projeto, e que não aparece na lei vigente, poderia concentrar sobre si, em caráter exclusivo, a aplicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Crimes Hediondos), que impõe o cumprimento integral em regime fechado da pena para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Em decorrência disso, apenados condenados por decisão judicial que contenha referência expressa a verbos como "produzir", "ter em depósito", por exemplo, não estariam submetidos à norma especial sobre o regime. Hediondo seria, por essa interpretação, apenas o verbo novo, o "traficar". Assim, por causa do princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, todos indivíduos condenados e processados pelo tipo do art. 12 da Lei nº 6.368/76, poderiam estar, automaticamente, descobertos pela Lei nº 8.072/90.

Conquanto seja tese de duvidosa plausibilidade, divulgada "ad terrorem", não é do interesse público que se corra risco algum a respeito do tema.

Em vista disso, somado ao fato de que em vários artigos há remissão expressa ao art. 14, a permanência dos demais artigos do Capítulo III acarretaria difícil e temerária conjugação com os tipos previstos na Lei nº 6.368/76. Isso porque a interpretação extensiva e a analogia são proibidas em direito penal.

Acrescente-se que, no caso do art. 18 do projeto, o tipo penal consta do art. 1º, I, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que "Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências" comina pena mais elevada, o que, em razão do interesse público, deve ser mantida. O tema conhecido por "lavagem de dinheiro" merece repressão diferenciada, pois é reconhecido como uma das bases do crime organizado, nacional e transnacional.

Por último, os sensíveis avanços contidos no projeto, mas prejudicados por inconstitucionalidade reflexa, não cairão no esquecimento, vez que se estuda, para breve, o encaminhamento de proposta legislativa que tratará de forma adequada da matéria constante do presente capítulo.

O professor Samuel Arruda, comentando a inovação legislativa do artigo 36, com grande maestria, assim relata (ARRUDA, 2007, p. 80):

Este dispositivo é sem dúvida uma das maiores novidades da atual Lei de Entorpecentes. Não havia na legislação revogada um tipo penal que reprimisse especificamente a conduta dos agentes que financiam e custeiam o tráfico de drogas. Sabe-se que a repressão eficaz à produção e ao comércio ilícito de entorpecentes passa por um rigoroso controle das transações financeiras dos traficantes, pois essa atividade criminosa é das mais lucrativas e gera um fluxo de recursos extremamente elevado. Muitas estratégias vitoriosas de combate ao tráfico centram-se na asfixia financeira dos grandes cartéis.

A repressão ao financiamento do tráfico de drogas já era prevista nos tratados internacionais que participou o Brasil, por exemplo, na Convenção de Viena de 1988 e no Acordo Sul-Americano sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, segundo nos ensina a obra *Tóxicos: prevenção-repressão* do professor Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2011, p. 213):

A nova previsão constitui, na ordem de determinação legal da pena, o injusto mais grave previsto na lei. Sua tipificação está em consonância com as disposições internacionais das quais o Brasil é signatário. Nesse sentido, a Convenção de Viena de 1988, promulgada pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991, estabeleceu a orientação no seu art. 3º, de que seja incriminada a conduta quando se cometerem internacionalmente a organização, a gestão ou o financiamento de alguns crimes nela enumerados (art. 3º, 1, alínea a, V). E o Acordo Sul-Americano sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, promulgado pelo Decreto n. 79.455, de 30 de março de 1977, que no seu art. 2º, c, previu entre as figuras delituosas que deveriam ser tipificadas que deveriam ser tipificadas as 'relacionadas com a organização e financiamento' das atividades relacionadas ao tráfico de drogas.

A Lei nº 11.343/2006, inovando, novamente as normas brasileiras sobre drogas, trouxe um tipo penal específico para o informante de organização criminosa para tráfico de drogas, busca a legislação atual tratar com menos rigor aquele que não participa da organização criminosa, mas apenas colabora ou presta auxílio como mero informante. Evita a norma igualar o informante ao traficante, o que, por derradeiro, seria

desproporcional em face de sua conduta, bem como evita a impunidade do informante, tendo agora uma pena com maior subsunção ao fato, tipicidade.

Com o talento que é inerente ao ilustre professor Arruda, este, sobre a inovação legislativa sobre a condição do informante que colabora com associação com finalidade de realizar o tráfico de drogas, discorre (ARRUDA, 2007, p. 83):

Este tipo penal, também sem precedentes na antiga Lei de Tóxicos, pune a conduta do agente que colabora com organização ou associação criminosa. Mas o legislador foi além e estabeleceu a forma ou modalidade de colaboração: é necessário aqui que o agente funcione como informante do grupo. Assim, não será qualquer colaboração ou participação que dará ensejo à aplicação desta norma penal. O tipo reserva-se às hipóteses em que o agente colabora prestando informações à organização criminosa. Deve-se ter em mente que o colaborador não chega a aderir à organização nem passa a integrá-la; se a intenção for a de se inserir na associação, e o agente efetivamente se introduz no grupo, estará praticando o delito previsto no artigo 35, *caput*.

Desse modo, não pode o informante integrar a organização criminosa, apenas prestar informação, por exemplo, do policial que avisa a organização que em certo dia vai haver uma operação para capturar alguns traficantes que estejam em certo bairro.

2.3 O usuário na nova Lei de Drogas

A nova Lei de Drogas separa, nitidamente, o traficante, o qual é punido com muito rigor, e o usuário de drogas, o qual é apenado com muita leveza, chegando-se ao ponto de discutir se a norma que impõe sanção ao usuário seria crime.

O artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 revogou o artigo 16 da Lei nº 6.368 de 1976, o qual tratava da conduta com uma certa semelhança; no entanto, quanto as penas, houve uma brusca mudança. Assim estava disposto o revogado artigo 16 da Lei nº 6.368 de 1976 (BRASIL, 1976):

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

Observa-se que foram retiradas as penas de detenção e de multa, as quais foram substituídas por advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A mudança de orientação foi com base nos modelos de alguns países europeus, nos quais se busca a redução das penas para usuários que em muitos casos são dependentes e considerados vítimas do tráfico de drogas.

Sobre o tema, o professor da Universidade Federal do Ceará, Samuel Arruda, disserta da seguinte maneira (ARRUDA, 2007, p. 18):

De há muito se reclamava uma reformulação legislativa que alterasse o tratamento penal – voltado quase exclusivamente à repressão – dos usuários. Tal discussão foi sempre influenciada pelas medidas despenalizadoras adotadas por diversos países europeus ao longo dos últimos anos, muito embora tenhamos estado igualmente sujeitos à influência do modelo norte americano, bem menos flexível.

A Lei nº 10.409 de 2002 já vinha buscando o tratamento diferenciado para o usuário, adotando medidas alternativas, senão vejamos (BRASIL, 2002):

Art. 20. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21.

§ 1º O agente do delito previsto nos arts. 19 e 20, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, será processado e julgado na forma do art. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Lei dos Juizados Especiais, Parte Criminal.

§ 2º Nas mesmas penas e medidas aplicáveis aos crimes previstos neste artigo, e sob igual procedimento, incorre quem cede, eventualmente, sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, maior de 18 (dezoito) anos, produto, substância ou droga ilícita, para juntos a consumirem.

§ 3º É isento de pena o agente que, tendo cometido o delito previsto neste artigo, era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de dependência grave, comprovada por peritos.

§ 4º Quando o juiz absolver o agente, reconhecendo por força de perícia oficial, que ele, à época do delito previsto neste artigo, apresentava as condições prescritas no § 3º, determinará, ato contínuo, na própria sentença absolutória, o seu encaminhamento para o tratamento devido.

Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes:

I – prestação de serviços à comunidade;

II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico;

III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;

IV – suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo;

V – cassação de licença para dirigir veículos;

VI – cassação de licença para porte de arma;

VII – multa;

VIII – interdição judicial;

IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão.

§ 1º Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, cumulativamente ou não, o juiz considerará a natureza e gravidade do delito, a capacidade de autodeterminação do agente, a sua periculosidade e os fatores referidos no art. 25.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a uso pessoal e formar sua convicção, no âmbito de sua competência, o juiz, ou a autoridade policial, considerará todas as circunstâncias e, se necessário, determinará a realização de exame de dependência toxicológica e outras perícias.

Entretanto, todo o capítulo que tratava dos crimes e das penas foi vetado pelo Presidente da República, cuja razão do veto já fora demonstrada acima. Ficando aplicáveis os tipos penais da Lei nº 6.368 de 1976 e as normas processuais penais da Lei nº 10.409 de 2002.

Para que se determine se a droga destinava-se a consumo pessoal ou a venda para o tráfico, foi positivado o parágrafo segundo do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 que atribui ao juiz a função de definir o fim da droga com base em critério objetivos estabelecidos na norma, qual sejam a quantidade de substância apreendida, ao local da apreensão, às circunstâncias pessoais e sociais do agente.

No caso em debate, faz de boa lembrança a sabedoria exposta nas críticas exposta por Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2011, p. 155):

Os aspectos subjetivos de uma conduta, porém, só podem ser aferidos por circunstâncias objetivas, que o artigo enumera com finalidade de orientação do juiz. Na verdade, o dispositivo nada acrescenta, mas tem uma intenção que o justifica, qual seja, a de chamar a atenção do magistrado para que aprecie todas as circunstâncias do crime e não apenas a quantidade da droga apreendida, critério simplista e único adotado na vigência do art. 281 do Código Penal antes do Decreto-Lei nº 385. A quantidade da droga, não se nega, é fator importante, mas não pode ser exclusivo, devendo, pois, o juiz

apreciar as demais circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

A norma do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 vem com a finalidade de substituir o artigo 37 da Lei nº 6.368/76, com poucas alterações, apenas a substituição da expressão “circunstâncias da prisão” por “circunstâncias sociais e pessoais”, além de especificar autoridade competente para a aferição, substituindo a simples expressão “autoridade” por “juiz”.

Quanto ao usuário, a Lei nº 11.343/06, precisamente em seu artigo 48, estabelece que a pessoa que estiver portando droga para consumo pessoal não pode ser presa em flagrante, ora se não existe pena após o trânsito em julgado de prisão, logo não teria o menor cabimento aplicar uma sanção temporária superior a definitiva. Ressalte-se ainda que, em vez da prisão, o autor da infração da norma do artigo 28 da nova Lei de Droga deverá ser conduzido à autoridade judicial, que por força desta lei é o Juizado Especial Criminal.

Nessa mesma linha de pensamento, é válido trazer a lume o entendimento exarado pelo autor Luiz Flávio Gomes, na obra *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo* (GOMES, 2011, p. 266-267):

A locução ‘não se imporá prisão em flagrante’ não alcança os dois primeiros momentos acima referidos, ou seja, mesmo em se tratando da infração *sui generis* do art. 28, ainda assim, uma vez surpreendido o agente em posse de droga para consumo pessoal (ou em posse de planta tóxica para extração de droga com escopo de consumo pessoal), sua captura será concretizada normalmente. É sempre preciso fazer cessar o ilícito (a situação de ilicitude que retrata uma ofensa ou perigo para o bem jurídico). O agente é capturado e conduzido coercitivamente até a presença da autoridade judicial (ou, na falta, a autoridade policial). Mas não será lavrado o auto de prisão em flagrante nem tampouco o agente será recolhido ao cárcere. Não há que se falar em prisão em relação ao art. 28 da Lei de Drogas.

Constata-se, pois, a brandeza com que foi tratado o usuário na nova Lei de Drogas, não podendo sequer ser lavrado o auto de prisão em flagrante, muito menos ao cárcere.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE 2006

3.1 Da natureza jurídica do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006

O *caput* do artigo 28 da nova Lei de Drogas positiva as condutas de adquirir guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Tem como sanção penal advertência sobre o uso das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, *in verbis* (BRASIL, 2006):

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.

Nota-se que trata o artigo 28 de condutas cometidas pelo usuário de drogas o qual não pode ser submetido ao cárcere pelas condutas acima expostas, buscando, assim, a nova legislação uma recuperação e uma educação do usuário, para que este se afaste da droga e dos seus malefícios.

Quanto ao usuário na nova Lei de Drogas, é com muito contento que expomos o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, (NUCCI, 2010, p. 337):

7. Critério gerais para condenação do usuário de drogas: como primeiro ponto a destacar, não cabe mais, em hipótese alguma, a sua condenação a pena privativa de liberdade. Parece-nos, como regra geral, medida salutar, pois o usuário habitual ou o eventual de drogas, por si mesmo, não representa à sociedade um real perigo, muito embora se possa dizer que ele, ao comprar e fazer uso de entorpecentes, estimula o tráfico, o que não deixa de ser verdadeiro. Porém, o caminho está na reeducação e na obrigação de se submeter a variados cursos de orientação. Em primeiro lugar, o amparo e a orientação. Entretanto, somente para argumentar, imaginemos o usuário eventual, mas fiel aos seus propósitos, de modo que reincidente várias vezes. Se for economicamente abonado, pode pagar pelo *luxo* de usar drogas, sem que o Estado possa tomar medidas coercitivas eficientes, pois a prisão está afastada. Deverá cumprir pena restritiva de direitos, como a prestação de

serviços à comunidade ou a frequência a cursos, mas, se não o fizer, receberá admoestação e, no máximo, multa. Cuidando-se de pessoa economicamente pobre, pode *dar-se ao luxo* de usar droga e nem mesmo pagar multa estabelecida para coagi-lo a cumprir as medidas restritivas de direitos, pois nada possui de valioso a ser objeto de execução forçada. Em nossa visão, deveriam ser dadas muitas oportunidades ao usuário de drogas, mas com um limite qualquer, acarretando a aplicação de pena privativa de liberdade, como medida final, em caso de insucesso de todas as anteriores. Não é possível continuar considerando crime essa conduta (art. 28, *caput*, desta Lei) e, concomitantemente, afastar, por completo, a viabilidade de prisão do condenado recalcitrante e insistente. Se for viciado, pode-se submetê-lo a tratamento médico adequado, inclusive internação, se for preciso, nos termos do art. 45. Mas, tratando-se de usuário habitual ou eventual, nada se pode fazer, a não ser tolerar que utilize indefinitivamente drogas à vontade, pagando ou não multas por tal atitudes.

As sanções as normas do artigo 28 da Lei de Drogas são brandas, sendo, em último caso, aplicada pena de multa se descumpridas todas as penas. Retirou-se qualquer possibilidade de pena de prisão simples, detenção ou reclusão, fugindo do estabelecido na Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) para definição de crime e contravenção. Crime, segundo a Lei de Introdução do Código Penal, seria a infração penal com sanção de detenção ou reclusão combinada ou não com multa, enquanto contravenção, a infração penal cominada com prisão simples ou multa, alternativa ou cumulativamente. Em seus próprios termos, o Decreto-Lei n. 2.848, de 7-12-1940:

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

Por essa razão, o autor Luiz Flávio Gomes, na obra *Lei de Drogas comentada*: artigo por artigo, entende que se trata de uma infração *sui generis*, havendo uma descriminalização formal da conduta. Assim, o referido doutrinador expõe (GOMES, 2011, p. 157):

Infração sui generis: se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal” (por força do art. 1º. Da Lei de Introdução do Código Penal, que vimos nos comentários do art. 27). O art. 28, conseqüentemente, contempla uma infração *sui generis* (uma terceira categoria, que não se confunde, nem com crime nem com a contravenção penal – posição de L. F. Gomes)

Divergindo da opinião de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, no livro *Lei de Drogas comentada*: artigo por artigo, sob a coordenação de Luiz Flávio Gomes, entende que a norma do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 não é crime, nem

contravenção, muito menos infração *sui generis*, não se trata de norma de Direito Penal, mas de uma infração ao Direito judicial sancionador, nas suas palavras, assim expõe (GOMES, 2011, p. 139):

O art. 28 não pertence ao Direito penal, sim, é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados). Houve uma descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*).

Vislumbra-se que Luiz Flávio Gomes defende uma descriminalização formal, retira do tipo penal seu caráter criminoso sem retirar a conduta do âmbito do Direito Penal, enquanto que Alice Bianchini entende se tratar de uma descriminalização substancial, ou seja, retira a infração do Direito Penal.

Luiz Flávio Gomes diferencia as descriminalizações da seguinte maneira (GOMES, 2011, p. 130-131):

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

Existe, ainda, um terceiro pensamento sobre o art. 28 da Lei de Drogas, que entende se tratar de uma despenalização, ou seja, que o fato continua sendo crime; no entanto, sua pena é abrandada, no caso trazido à baila, retirada da pena reclusão substituída por advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Sobre a despenalização, seu conceito é muito bem tratado na obra de Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2011, p. 131):

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

O caráter despenalizador do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 foi defendido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 430105-RJ, cujo

relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa sugue abaixo (GRECO FILHO, 2011, p. 345-346):

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF, 1ªT., RE 430105-RJ, Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007).

Nesse mesmo sentido já se posicionou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 73432-MG, cujo relator era o Ministro Félix Fischer (GRECO FILHO, 2011, p. 346):

EMENTA: Penal. *Habeas corpus*. Art. 16, da lei nº 6.368/76 (antiga lei de tóxicos). Pena privativa de liberdade. Superveniência da lei nº 11.343/2006. Crime de posse de substância entorpecente para consumo pessoal. Não incidência de pena privativa de liberdade. Ocorrência de despenalização. *Novatio legis in melius*. Retroatividade. I - Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 16, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) a uma pena privativa de liberdade (09 meses de detenção, em regime semi-aberto). II - A superveniência da Lei nº 11.343/2006, mais especificamente em seu art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), contudo, ensejou verdadeira despenalização, "cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal" (cf. consignado no Informativo nº 456/STF, referente a questão de ordem no RE 430105/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence). III - Vale dizer, o crime de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, em razão da *lex nova*, não mais está sujeita a pena de prisão, mas sim às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 e incisos, da Lei nº 11.343/2006). IV - Dessa forma, tratando-se, ao menos neste ponto, de *novatio legis in melius*, deve ela retroagir (art. 5, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP), a fim de que o paciente não mais se sujeite à pena

de privação de liberdade. Writ concedido (STJ, 5º T., HC 73432-MG, Min. Félix Fisher, j. 14-6-2007).

Por sua vez, o penalista Guilherme de Souza Nucci entende que (NUCCI, 2010, p. 340) “Houve, então, mera *desprisionalização*”, uma vez que foi retirada qualquer possibilidade de prisão, inclusive em flagrante, do autor das condutas positivadas no art. 28 da Lei de Drogas.

O professor Vicente Greco Filho, com a colaboração de João Daniel Rassi, entende que não houve descriminalização nem despenalização das condutas previstas no artigo 28 da nova Lei de Drogas, *in verbis* (GRECO FILHO, 2011, p. 150):

É indispensável uma observação preliminar e de suma importância. A lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é por que não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu artigo 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 decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal), e que lei mais recente, não possa alterar. A observação é feita somente porque, logo que foi promulgada, houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, *data venia*, não tem consistência jurídica.

Corroborando com a concepção do doutrinador de Vicente Greco Filho, José Gerardo da Silva na obra *Leis Penais Especiais Anotadas* entende que não houve descriminalização ou despenalização (SILVA, 2010, p. 869):

Data venia, entendemos que este artigo não descriminalizou nem despenalizou o porte ilegal de drogas. Em primeiro lugar, não poderíamos falar em descriminalização, uma vez que a conduta está inserida no capítulo III, que trata dos crimes e das penas. Em segundo lugar, despenalizar nada mais é que minimizar a resposta penal, evitando a pena de prisão ou aplicando-a brandamente.

A partir de agora, apesar de todas as opiniões aqui expostas, de todos os grandes doutrinadores aqui citados, defender-se-á a tese da inconstitucionalidade do dispositivo previsto na Lei 11.343 de 2006.

3.2 Da inconstitucionalidade

As leis são presumidamente constitucionais, uma vez que produzidas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo. Nesse sentido, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que a norma do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 é constitucional.

A inconstitucionalidade da punição da conduta de porte de drogas para consumo próprio é tão antiga e remonta ao período em que o usuário recebia a mesma punição do traficante.

Esse debate não é apenas restrito ao nosso País, Vicente Greco Filho traz a lume o caso ocorrido na Itália, no qual foi entendido pela constitucionalidade do dispositivo que pune as condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas (GRECO FILHO, 2011, p. 149):

Por exemplo, a título histórico, na Itália, chegou-se a alegar a inconstitucionalidade da referida conduta porque, naquele período, o tratamento do simples detentor era o mesmo do traficante. A Corte Constitucional, contudo, repeliu a alegação de inconstitucionalidade, argumentando que a competência para determinação da medida das sanções é do Poder Legislativo, tendo em vista os princípios de política jurídico-social. Ademais, segundo o mesmo tribunal, a punição do simples porte se insere, como parte no todo, no quadro geral e no ciclo operativo completo, da luta, com meios legais, em todas as frentes, contra o alto poder destrutivo do uso de estupefacientes e contra a difusão de seu contágio que alcançam o nível de manifestações criminosas tais que suscitam, em medida cada vez mais preocupante, a perturbação da ordem. Acrescentou, ainda, a Corte que as situações relativas a traficante e simples detentor não são 'diametralmente oposte, ma tra loro concorrenti. Diversa, a questo propósito è bensì la materialità e l'internazionalità delle rispettive condotte, ma à innegabile il nesso che l'una e l'altra azione unisce nelle cause e negli effetti com influenze reciproche e condizionanti' (sentença de 20-1-1972, publicada no jornal *Il Tempo*, de 21-1-1972).

O pensamento da maioria dos penalistas é de que o objeto jurídico protegido pela norma do art. 28 da nova Lei de Drogas é a saúde pública. Assim se manifesta Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010, p. 344): “**16. Objetos material e jurídico:** o objeto material é a droga. O objeto jurídico é a saúde pública.”

Apesar da opinião dos grandes doutrinadores acima mencionados, *data venia*, entende-se pela inconstitucionalidade do dispositivo em questão, pelos motivos que serão expostos.

Primeiramente, o artigo 28 da nova Lei de Drogas atinge o Princípio da Legalidade, que no caso penal é a estrita legalidade, uma vez que sequer os atos com força de lei, por exemplo, uma medida provisória, podem tratar de matéria penal. Nota-se que o diferencial de uma conduta lícita perante uma ilícita é apenas a previsão da substância em uma portaria do Poder Executivo. Ou seja, se uma pessoa anda na rua com uma substância todos os dias sem cometer crime e no dia seguinte é alterada a portaria do Ministério da Saúde a pessoa comete um crime, pelo simples fato de trazer consigo uma substância para consumo por uma inclusão na lista da referida portaria. É notável a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea.

Nesse sentido é o pensamento de Rogério Greco, no livro *Curso de Direito Penal – Parte Geral* -, dispendo sobre a ofensa ao princípio da legalidade pelas normas penais heterogêneas (GRECO, 2007, p. 25):

Dissemos que as normas penais em branco heterogêneas são aquelas cujos complementos provêm de fonte diversa daquela que editou a norma que necessita ser complementada. A questão se coloca, agora, é a seguinte: como o complemento da norma penal em branco heterogênea pode ser oriundo de outra fonte que não a lei em sentido estrito, esta espécie de norma penal ofenderia o princípio da legalidade?

Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos a apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita de freios e contrapesos.

Corroborando com o entendimento da inconstitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas, é o pensamento de Eugenio Raúl Zafaroni, acompanhado por Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, na obra *Direito Penal Brasileiro V. 1* (BATISTA; ZAFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 205-206):

Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provêm de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança quantitativa: através das leis penais em branco o legislador penal

está renunciando à sua função programada de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito.

A norma ofende, ainda, o Princípio da Fragmentariedade, o qual o Direito Penal deve selecionar as condutas mais relevantes para sancionar, deixando as de menores para os outros ramos do direito, tal como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Ora ofende, também, o Princípio da Intervenção Mínima, no qual o Direito Penal deve apenas ser a *ultima ratio*, usado como último meio de reprimir conduta. Ataca, ainda, a norma o Princípio da Ofensividade, em que só deve haver intervenção do Direito Penal quando houver ofensa a algum bem jurídico relevante (tipicidade material).

Sobre a agressão feita pelo artigo 28 da nova Lei de Drogas ao Princípio da Ofensividade e sobre a ausência de tipicidade material da conduta, manifesta-se com louvor Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2011, p. 144-145):

Vejamos: por força do princípio da ofensividade não existe crime (ou melhor: não pode existir crime) sem ofensa ao bem jurídico. Ofensa ao bem jurídico significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Para a existência de um crime não basta que o sujeito realize a conduta descrita no tipo legal. Mais que isso: além dessa tipicidade (chamada) formal, impões-se que esse fato seja ofensivo ao bem jurídico protegido. Dessa forma, o fato além de ser formalmente típico deve também constituir um fato materialmente típico.

Essa ofensa ao bem jurídico (que é conhecida em Direito penal como resultado jurídico) precisa ser desvaliosa (para que o fato seja penalmente típico não basta a produção de qualquer resultado: ele precisa ser desvalioso) E quando uma ofensa ao bem jurídico é desvaliosa? Quando concreta ou real (não cabe perigo abstrato no Direito penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito penal).

A grande parte da doutrina defende que o objeto jurídico do crime é a saúde pública, o que não se pode aceitar. As condutas são adquirir, guardar, ter 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; observa-se que não existe proteção a saúde pública, uma vez que o autor é próprio consumidor e o autor não atinge ninguém com sua conduta apenas a si mesmo. O autor não vende, não oferece, não faz apologia, a conduta não afeta terceiros, logo o objeto da conduta é própria saúde do autor.

Pelo exposto, o autor seria a própria vítima da conduta, o que é inconcebível. As pessoas não podem ser punidas por se auto-agredirem. O Direito Penal é norma de conduta coletiva, só existe o direito para regular as condutas de uma pessoa que afetam outrem, as que afetam apenas a si mesmas é função da moral. Não pode o Direito Penal punir a autolesão, a tentativa de suicídio, apenas puni a lesão a pessoa diversa do agente, a instigação do suicídio de outra pessoa. Então porque punir a aquele que traz droga para si próprio, não para outrem. Desse modo, nota-se uma ofensa ao Princípio da Alteridade, ou seja, deve a conduta para ser sancionada ofender terceiras pessoas ou interesses subjetivos de pessoas diversas do próprio autor da conduta.

Criticando a ausência de transcendência da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006, por não afetar terceiros, surge, novamente, o pensamento do professor Luiz Flávio Gomes, *in verbis* (GOMES, 2011, p. 145):

A transcendência da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). Exemplos: tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios etc.

Na transcendentalidade da ofensa reside o princípio da alteridade (a ofensa tem que atingir terceiras pessoas). Alteridade (ofensa a terceiros) não se confunde com alternatividade (princípio que conduz ao reconhecimento de um só crime quando o agente realiza, no mesmo contexto fático, vários verbos descritos no tipo).

Se em Direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio, quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).

O preceito do artigo 28 agride o Princípio da Tolerância as diferenças, tendo em vista que nem todos os hábitos de todos os povos são iguais e devem ser respeitados, tanto é que os rituais religiosos devem ser respeitados. Por que não respeitar, ou ao menos não penalizar, aquele que traz consigo maconha e respeitar alguém que traz consigo uma garrafa de cachaça, sem falar que o álcool é uma das grandes causas de acidentes de trânsito, lesões corporais e homicídio, pois em algumas pessoas aumenta a agressividade, sem falar no material da garrafa que, quem já viu alguma briga em festa sabe do estrago que faz um corte de vidro.

Ofende ainda o Princípio da Igualdade, uma vez que todos devem ser tratados igualmente perante a lei. Um apreciador de vinhos é elogiado, um apreciador de *Cannabis sativa* pode ser considerado um criminoso. A própria lei reconhece os ritos religiosos que utilizam drogas, dando-lhes legitimidade e pregando seu respeito.

É um desrespeito ao Princípio da Inviolabilidade da Intimidade e da Vida Privada – os quais decorrem do fundamento da República Federativa do Brasil, Dignidade da Pessoa Humana -, pois o que a pessoa faz contra os padrões de uma sociedade não deve ser sancionado pelo Direito Penal, ao menos que ofenda direito de terceiros. Deve ser sancionada, sim, a conduta de quem propaga os atos ditos imorais de uma pessoa, sendo positivado tal crime como Difamação, o qual não cabe, em regra, sequer a exceção da verdade, pois as pessoas não devem intervir nas condutas ou opiniões de outrem, salvo ofensa ao seu direito.

Na América Latina, também, discute-se a inconstitucionalidade da punição do porte de drogas para consumo pessoal. As Cortes Supremas da Argentina e da Colômbia declararam a inconstitucionalidade da referida conduta, por ofensa aos diversos princípios já outrora examinados, em especial a ofensividade e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Sobre o assunto, o penalista Luiz Flávio Gomes, no livro *Lei de Drogas comentada*: artigo por artigo, comenta as referidas decisões, em especial o caso argentino (GOMES, 2011, p. 146):

Há dois caminhos jurisprudenciais para se descriminalizar a posse privada de drogas para uso pessoal: (a) o seguido pela Corte Suprema argentina, que, no caso Arriola, Causa 9.080, j. 25.08.09, descriminalizou a posse de drogas para uso pessoal, sob o fundamento do princípio da ofensividade, ou seja, a posse privada de drogas para uso pessoal não afeta bens jurídico de terceiros (precisamente nessa mesma direção posicionou-se a Corte colombiana); (b) o disponibilizado pelo princípio da insignificância (que será analisado mais abaixo).

No caso Arriola e outros a Corte Constitucional argentina (Suprema Corte de Justiça da Nação) (Causa n. 9.080), em 25 de agosto de 2009, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecentes para uso pessoal. O recorrente sustentou que o tipo penal previsto no art. 14, § 2º, da Lei 23.737/1989, na medida em que reprime a posse de drogas para consumo pessoal, seria incompatível com o princípio de reserva contido no art. 19 da Constituição argentina, que diz: ‘Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe’.

A decisão (dos sete magistrados) foi unânime. Descriminalizou a posse de droga para uso pessoal, porém, só para pessoas maiores (maiores de 16 anos). Cuidava-se, efetivamente, de um genuíno caso constitucional, visto que o recorrente confrontava a lei federal (Lei 23.737/89, art. 14, §2.º) com o disposto no art. 19 da Constituição argentina (que garante a isenção de responsabilidade em relação às ações privadas que não ofendem a ordem ou a moral pública nem prejudiquem terceiros). O que foi posto em discussão foi a validade da regra jurídica acima citada. Impõe-se distinguir com clareza a vigência da validade. A norma está vigente desde 1989. Agora o que se questionava era sua validade (porque incompatível com o texto constitucional superior).

Ainda na América Latina, no Uruguai não se pune a posse de drogas para consumo pessoal. A cúpula do Poder Judiciário da Colômbia declarou a inconstitucionalidade da lei que punia o consumo pessoal de drogas. O Peru, o México e a Costa Rica descriminalizaram a posse de drogas para consumo pessoal.

Na Europa, diferentemente do modelo dos Estados Unidos, em que trata o uso de drogas como caso de polícia, com forte repressão penal, a maioria dos países não criminaliza o uso de drogas, legalizando o uso das drogas para consumo pessoal ou deixando para o Direito Administrativo, através do Poder de Polícia – meio pelo qual a Administração Pública restringe as condutas dos indivíduos – pela imposição de multas ou penas de tratamento para o usuário dependente, tornando o fato infração administrativa.

Discorrendo sobre as tendências descriminalizadoras a respeito da posse de drogas para consumo pessoal, mais uma vez, com louvor se manifesta Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2011, p. 149):

Tendência da política criminal estrangeira sobre o assunto: nos últimos anos, e reafirmando o papel das novas tendências do Direito penal, vários países deixaram de punir (penalmente) o porte ou posse para consumo pessoal de determinadas drogas. Ou a descriminalização se deu por via legislativa (Portugal, v.g.), ou por via jurisprudencial (Argentina e Colômbia, v.g.).

A Lei 30/2000 de Portugal, que afastou a pena de prisão para o porte droga para consumo, prevendo multa aos consumidores ocasionais, veio também reforçar o tratamento para os dependente-doentes. Portugal e Grécia, recorde-se, foram praticamente os últimos países do continente europeu a adotar essa política descriminalizadora.

No Brasil, em uma decisão histórica e de grande repercussão na imprensa – matéria sobre o assunto publicada no jornal *O Estado de São Paulo* do dia 23 de maio de 2008 e na *Folha de São Paulo* do dia 24 de maio de 2008 – da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça Criminal, através da Apelação Criminal nº

01113563.3/0-0000-000, cujo relator foi José Henrique Rodrigues Torres cuja ementa foi a seguinte (GRECO FILHO, 2011, p. 344):

EMENTA: 1.- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2.- O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. (TJSP, ACrim 01113563.3/0-0000-000, Foro Distrital de São Sebastião da Gramma, 6ª Câm. 'C' do 3º Grupo da Seção Criminal, Rel. José Henrique Rodrigues Torres, j.31-3-2008, v.u., voto n. 52).

O penalista Damásio Evangelista de Jesus, no artigo *Portar droga para uso próprio é crime?*, comenta sobre relator e sua decisão (JESUS, 2008):

Revelam os diários que, de acordo com o relator do acórdão, Juiz José Henrique Rodrigues Torres, da Vara do Júri de Campinas, Secretário da Associação dos Juízes para a Democracia (AJD) e também defensor da legalização do aborto, convocado pelo Tribunal como desembargador, a norma que define o crime de porte de drogas para uso próprio é inconstitucional, pois infringe os princípios da ofensividade (o fato não atinge terceiros pessoas); intimidade (escolhas subjetivas; livre arbítrio) e da igualdade (portar drogas lícitas não é infração penal). Segundo ele, no caso, não há lesão a terceiros, mas autolesão impunível.

O caso julgado pela 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratava-se do seguinte caso: o réu havia sido condenado, em primeira instância, por tráfico de drogas com base no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 por trazer consigo 7,7 gramas de cocaína para fins de tráfico. No entanto, foi considerado pela 6ª turma que não havia prova da intenção de venda da substância, uma vez que o réu foi pego com a droga no caminho de sua casa, sendo que este no seu depoimento informou que estava com a droga para consumo pessoal no carnaval, em consequência a conduta seria subsumível ao art. 28 da nova Lei de Drogas. Os desembargadores, entretanto, foram além, declarando a inconstitucionalidade da norma que pune a posse de drogas para consumo pessoal.

O primeiro motivo invocado pelos julgadores foi a violação ao princípio da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, em suas próprias palavras (BRASIL, 2008):

Todavia, a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da

alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 5º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual.

Como observa Saio de Carvalho, ‘a permanência da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo ao uso de entorpecentes é injustificável’.

Outro argumento utilizado é que a conduta não sairia da esfera do próprio indivíduo, logo não haveria ofensa à saúde pública, além do que haver agressão ao princípio da ofensividade, pois a conduta não afeta terceiros, nem sequer a saúde pública, mas a própria integridade do indivíduo e por esse motivo não deve ser punido, *in verbis* (BRASIL, 2008):

O argumento de que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria inclusive a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência pelas elementares elegidas, que determinam expressamente o âmbito individualista da lesividade e proíbem o expansionismo desejado.

Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, para a incidência da conduta que pretende criminalizar, exclusivamente aquela de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, ‘para consumo pessoal’, drogas proibidas.

O elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão "para consumo próprio", delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão.

Com efeito, como assevera Maria Lúcia Karan, ‘é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar/incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal - não importa em que quantidade - e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas; ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal’.

É por isso que Alexandre Morais da Rosa afirma que ‘no caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo artigo 16 da Lei n. 6368/76 é a integridade física e não a incolumidade pública’.

Assim, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Por último, arrebatada afirmando a violação do Princípio Penal da Igualdade por tratar o porte de drogas lícitas e ilícitas com muita diferença, sendo ambas possíveis de causa dependência. Além de diferenciar o Direito da Moral, sendo que o Direito deve existir para regular condutas para harmonia social, evitando que um indivíduo desrespeite o outro; por outro lado a Moral sanciona as condutas pessoais do indivíduo no que diz respeito as opções pessoais, logo não respeitar as diferenças pessoais seria ofensa a outro princípio, o da tolerância. Ao final considera inconstitucional o uso pessoal, portanto, atípica a conduta, assim expomos (BRASIL, 2008):

Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante "distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica

Mas não é só.

Não se olvide da violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral.

Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade.

Induvidosamente, 'nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da inferioridade'.

É por isso que somente é admissível a criminalização das condutas individuais que causem dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros, o que não acontece com a conduta descrita no tipo do artigo 28 da Lei n. 11343/2006.

Decididamente, 'no direito penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas' as punições dirigidas à autolesão (...): o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. A lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional'.

Como ensina Maria Lúcia Karan, 'a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado - e, portanto, ao Direito - penetrar. Assim, como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a

autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas, que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão’.

E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Com efeito, ‘a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais. (...). Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém. Ao se reprovar o uso criminalizando o porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua. Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que seria correto. (...) A Constituição exige tolerância com quem seja assim, sem exigir padrões de moralidade aos diversos grupos existentes, dentre eles os que usam drogas’.

Portanto, como a criminalização primária do porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, a conduta do recorrente, que portava cocaína para uso próprio, é atípica.

Por esses motivos, entende-se inconstitucional a norma do artigo 28 da nova Lei de Drogas, por ofensa aos princípios da legalidade, fragmentariedade, ofensividade, intervenção mínima, igualdade, tolerância, intimidade da vida privada e ao fundamento da Dignidade da Pessoa Humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o uso das drogas é tão antigo quanto a própria humanidade. Seu uso já era recorrente no dito período histórico Antiguidade (4000 a.C a 476 a.C), nas regiões do atual Egito, Palestina, Grécia e Roma. Quanto às legislações internacionais, a primeira delas foi decorrente da questão da venda do ópio, o qual era vendido pelos ingleses na China, a conferência de Xangai em 1909. Nas legislações aplicáveis ao Brasil, as primeiras foram as Ordenações Filipinas, sendo que atualmente, depois de diversas modificações legais, a norma aplicável é a Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

A nova Lei de Drogas, revogando as leis 6.368/1976 e 10.409/2002, substituiu o termo substância entorpecente capaz de causar dependência física ou psíquica pela nomenclatura droga, seguindo uma tradução mais próxima das legislações internacionais que usam o termo *drug*. A Lei nº 11.343/2006 diferenciou, de forma bem nítida, as condutas associadas ao tráfico de drogas das relacionadas ao porte de drogas para uso pessoal. O tráfico teve sua pena aumentada, por outro lado a posse para uso pessoal teve sua pena reduzida ao ponto de ficar vedada a prisão, ainda que em flagrante delito, da posse de drogas para uso pessoal.

O art. 28 da Lei nº 11.343 de 2006 positiva as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar teve sua natureza jurídica muito discutida na doutrina. Parte dos pensadores entende que ocorreu a descriminalização, ou seja, que o fato deixou de ser crime, excluído do Direito Penal; outros doutrinadores pensam que o fato é uma infração *sui generis*, não sendo crime ou contravenção penal, decorrente do fato de não haver sanção de prisão simples, detenção ou reclusão; alguns penalistas corroboram com o entendimento de que houve apenas uma despenalização, em outras palavras, apenas uma redução nas penas da norma, continuando a conduta sendo crime; um quarto pensamento seria que houve mera desprisionalização, exclusivamente retirada da pena de prisão da conduta; por último, a corrente que entende pela inconstitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/2006.

Entende-se que a norma do art. 28 é inconstitucional por ofensa aos princípios da legalidade, ofensividade, fragmentariedade, tolerância, intervenção

mínima, igualdade, intimidade da vida privada e ao fundamento da Dignidade da Pessoa Humana. Em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, através do relator José Henrique Rodrigues Torres, no processo TJ nº 0113563.3/0-0000-000, no qual declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da nova Lei de Drogas, por ofensa aos princípios outrora mencionados.

Quanto à legalidade, observa-se que pela natureza de norma penal em branco, a expressão droga, para efeito de aplicar punição, estabelece-se através de portaria ministerial do Poder Executivo, enquanto, pela Constituição da República de 1988, sequer este poder teria competência para estabelecer normas de Direito Penal, uma vez que são a *ultima ratio*, a aplicação de sanções mais fortes do Direito, logo necessitariam de uma discussão pelos representantes do povo e dos estados membros da federação. Fica desse modo, uma maior insegurança jurídica, tendo em vista que uma conduta que era realizada sem sanção alguma pode ser penalizada através de uma portaria, afrontando o princípio da estrita legalidade penal.

Saliente-se que o Direito Penal não pune qualquer lesão, mas, apenas, as tipicamente estabelecidas, formalmente e materialmente em norma penal. Quanto à formalidade, trata-se de norma criada pelo Congresso Nacional com sanção do Presidente da República. Com relação à Tipicidade Material, entretanto, é a conduta que ofende a norma seu bem jurídico tutelado. Entende a doutrina que, no caso de posse de drogas para consumo pessoal, o bem jurídico tutelado seria a saúde pública, o que é inconcebível, pois o fato de portar drogas para uso pessoal, no máximo poderia afetar à saúde do próprio agente, logo não haveria tipicidade (material) nesta conduta, sendo com acerto a decisão de estabelecer a sua atipicidade.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência sobre Direito Penal, que não cabe a este instituir normas sancionadoras a condutas autolesivas, como decorrência da alteridade. As normas penais devem punir relevantes agressões a bens jurídicos de outrem. Se o sujeito causa dano aos seus bens, à sua integridade física ou à sua vida não pode ser punido, então como poderá ser punido se portar drogas para consumo pessoal se a única lesão será a sua própria saúde. Por demais, a norma agride o Princípio da Alteridade, corolário do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal Mínimo, os quais foram estabelecidos pela atual ordem constitucional.

Observa-se, outrossim, ofensa pela norma do art. 28 da lei 11.343/2006 ao princípio da tolerância, no qual se devem respeitar as diferenças, sendo que não se deve permitir intervenção estatal, sobretudo rechaçada a intervenção penal, em opções pessoais, sob a ótica de impor comportamentos socialmente considerados corretos. Por consequência é manifesta a ofensa ao princípio constitucional da igualdade, em especial na distinção de tratamento não penal (drogas lícitas) e penal (drogas ilícitas) para usuários de diferentes substâncias, estabelecidas em portaria, sendo que ambas possuem capacidade de provocar dependência psíquica e física.

Percebe-se, ante todo exposto, como escoreita a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quanto à inconstitucionalidade da punição do usuário de drogas, sendo descabida esta punição pela atual ordem constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais* (Lei 11.343/2006). São Paulo: Editora Método, 2007.

AVELINO, Victor Pereira. *A evolução da legislação brasileira sobre drogas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2440, 7 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14470>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, v. I.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Reflexões: Política e Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. BRASÍLIA: OAB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONJARDIM, Estela Cristina. *O Acusado, sua Imagem e a Mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BRASIL. *MENSAGEM Nº 25, DE 11 DE JANEIRO DE 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.

_____. *LEI N° 6368 DE 21 DE OUTUBRO DE 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.

_____. *LEI N° 10.409, DE 11 DE JANEIRO DE 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.

_____. *LEI N° 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação criminal nº 01113563.3/0-0000-000. Relator: José Henrique Rodrigues Torres. Recorrente: Ronaldo Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2712055&v1Captcha=RaAfA>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra.; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de drogas comentada* (Lei 11. 343 de 23.08.2006). 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

JESUS, Damásio de. Portar droga para uso próprio é crime?. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

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 11, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8957>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Nova Lei de Drogas*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais – comentadas*. 5 ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Single Convention on Narcotic Drugs*. Disponível em: < http://www.incb.org/pdf/e/conv/convention_1961_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – Evolução histórica*. 1 ed. Bauru – SP: Editora Javoli, 1980.

SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson.; LAVORENTI, Wilson (coord.). *Leis penais especiais – Anotadas*. 12 ed. Campinas – SP: Editora Millenium, 2011.

