



**IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE  
ALMEIDA NEVES**

**FERNANDO ARLINDO NUNES**

**TEORIA DO CRIME DE PORTE PRA USO: DESCRIMINALIZAÇÃO OU  
DESPENALIZAÇÃO?**

**SÃO JOÃO DEL-REI**

**2012**

FERNANDO ARLINDO NUNES

**TEORIA DO CRIME DE PORTE PRA USO: DESCRIMINALIZAÇÃO OU  
DESPENALIZAÇÃO?**

Monografia apresentada ao curso de  
Direito do – IPTAN – Instituto Presidente  
Tancredo Neves em São João Del como  
requisito parcial à obtenção do Título de  
Bacharel, sob a orientação da Prof. Esp.  
Marcos Cardoso Atalla.

SÃO JOÃO DEL-REI

2012

FERNANDO ARLINDO NUNES

**TEORIA DO CRIME DE PORTE PRA USO: DESCRIMINALIZAÇÃO OU  
DESPENALIZAÇÃO?**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do Instituto de Ensino Superior  
Presidente Tancredo de Almeida Neves –  
IPTAN – como requisito parcial à  
obtenção do Título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Esp. Marcos Cardoso Atalla

---

---

Aprovado em:

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por mais uma etapa conquistada.

Aos meus pais pelo apoio e amor.

Aos meus irmãos pela força de seguir em frente.

A Luiza minha filha, a minha esposa Cris, pela dedicação e carinho.

Muito obrigado, essa vitória também pertence ao meu amigo e orientador  
Marcos Cardoso Atalla.

“A vitória é resultado de uma áspera  
ascensão.”

## RESUMO

Esse trabalho tem como enfoque principal o art. 28 da lei nº 11.343/2006, que trata da posse de droga para uso pessoal. Conhecida como a Nova Lei de Drogas ela introduziu diversas inovações, uma delas diz respeito às penas e procedimento criminal nos casos de autuação de usuários de drogas. Antes da Lei 11.343/2006, o usuário era tratado como criminoso. De acordo com a antiga Lei 6.368/76 o usuário era punido com pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa. Podia o usuário ser detido em flagrante e ficar preso até que pagasse fiança ou fosse liberado pelo Juiz. Entretanto, a nova lei, nº 11.343/2006, no seu art. 28, também pune o usuário, porém, não mais com pena privativa de liberdade, e sim, com sanções alternativas, tais como: medidas alternativas ou penas alternativas, de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviço à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, por força de transação penal, ou, na impossibilidade desta, pelo juiz, mediante o devido processo legal. O tratamento dispensado ao usuário de drogas de acordo com a Nova Lei de Drogas trouxe muitas discussões, sendo que a principal é se houve a descriminalização ou despenalização da posse de drogas para consumo próprio.

**Palavras-chave:** Drogas; Crime; Infração “*sui generis*”; Despenalização; Descriminalização.

## ABSTRACT

This work has as main focus the art. 28 of Law 11,343 / 2006, which deals with the possession of drugs for personal use. Known as the New Drug Law, it has introduced a number of innovations, one of which relates to penalties and criminal prosecution in drug-counting cases. Prior to Law 11,343 / 2006, the user was treated as a criminal. According to the old Law 6,368 / 76 the user was punished with imprisonment from six months to two years, and fine. The user could be held in flagrante delicto and be held until bail or released by the Judge. However, the new law, nº 11.343 / 2006, in its art. 28, also punishes the user, however, no longer with custodial sentence, but with alternative sanctions, such as alternative measures or alternative penalties, warning about the effects of drugs, community service and program attendance or educational course, which may be applied in isolation or cumulatively, by virtue of a criminal transaction, or, in the impossibility thereof, by the judge, through due process of law. The treatment given to the drug user under the New Drug Law brought many discussions, the main one being whether there was the decriminalization or decriminalization of possession of drugs for own consumption.

**Keywords:** Drugs; Crime; "Sui generis" infringement; Decriminalization; Decriminalization.

## SUMÁRIO

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b>                                                                       | 08 |
| <b>1. INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE DROGAS – LEI Nº 11.343/06</b>                            | 10 |
| 1.1 Conceito de crime                                                                   | 10 |
| 1.2 Um breve histórico acerca da legislação brasileira sobre as drogas                  | 11 |
| 1.3 Conceito de drogas                                                                  | 13 |
| 1.4 A nova Lei de Drogas – mudanças e inovações                                         | 14 |
| <b>2. POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL</b>                                              | 16 |
| 2.1 Diferenças na posse de drogas para uso pessoal na Lei nº 6368/76 e na Lei 11.343/06 | 16 |
| 2.2 Punição do crime de uso                                                             | 18 |
| <b>3. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO</b>         | 24 |
| 3.1 Teoria do Crime de porte pra uso: Descriminalização                                 | 24 |
| 3.2 Teoria da Despenalização do porte de droga para uso                                 | 27 |
| 3.3 Teoria do crime de porte pra uso: descriminalização ou despenalização?              | 28 |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>                                                             | 32 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>                                                                      | 34 |



## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é realizar uma análise acerca do artigo 28 da Lei 11.343/2006, também conhecida como a Nova Lei de Drogas.

A Nova Lei de Drogas é uma evolução legal que trata da repressão das drogas. Sua publicação data de 24 de agosto de 2006, e a nova lei 11.343 entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006.

É importante considerar que a Constituição ao prever o direito à segurança dos cidadãos, determina que o legislador e o poder público adaptem as leis à realidade da sociedade, de modo que o uso de drogas é considerado um dos males dos tempos atuais, devendo ser encarado como questão de Estado.

Assim, a Lei 11.343/2006, vem de forma mais madura tratar a questão do tráfico e uso de entorpecentes, fazendo uma interpretação mais condizente com os atuais moldes sociais nos quais os indivíduos se inserem, isto porque a forma dinâmica das questões sociais atuais, necessita da gradativa adequação legal.

A lei de drogas foi criada como uma tentativa de usar meios mais efetivos e adequados aos crimes relacionados ao assunto. Ela trata distintamente o usuário e o dependente de drogas, isto porque, de acordo com a doutrina são duas definições distintas. Segundo a lei, drogas são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em lista atualizadas, de forma periódica, pelo poder executivo da União.

A partir da inserção da Nova Lei de Drogas no ordenamento jurídico brasileiro, o usuário tem um novo enfoque, pois passa a ser objeto de atenção das instituições encarregadas em dar tratamento a quem faz uso indevido de drogas, orientada pela política criminal de redução de danos.

Ressalta-se que a Lei 11.343/2006 trouxe uma grande discussão quanto à criminalização ou não do porte para uso de drogas. Desse modo, a pesquisa em questão atentará principalmente para um estudo bibliográfico, abordando os principais autores que tenham dissertado acerca do tema, dando enfoque para o tratamento dispensado aos usuários de drogas.

Para tanto, o tipo de pesquisa a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica, com a leitura de textos publicados na internet, em livros doutrinários, revistas jurídicas e jurisprudência sobre o assunto (fontes secundárias). O presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, abordar-se-á o conceito de crime, de drogas,

ressaltando ainda um breve histórico acerca da legislação brasileira sobre as drogas e por último iremos analisar as inovações trazidas com a Nova Lei de Drogas.

No segundo capítulo, estudar-se-à as diferenças entre posse de drogas para uso pessoal na Lei nº 6368/76 e na Lei nº 11.343/06, falaremos sobre a punição no crime de uso, o cultivo de substâncias tóxicas e a diferenciação do porte de drogas pra uso ou tráfico.

Para finalizar, no terceiro e último capítulo iremos analisar o conceito de descriminalização, de despenalização, e, discutiremos acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06.

## 1. INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE DROGAS – LEI nº 11.343/06

A Nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06 inovou o ordenamento jurídico, ao mudar o tratamento dispensado aos usuários de drogas. Assim, a conduta criminal dos usuários e dependentes de drogas passou a ser punida unicamente com penas restritivas de direitos e não privativas de liberdade ou pecuniária.

Rompeu-se com a tradicional justiça penal, e um modelo de justiça penal terapêutica ganhou espaço em nosso ordenamento, buscou-se, com a nova lei, a ressocialização social e o tratamento dos usuários e dependentes de drogas.

Para melhor compreensão da discussão acerca do artigo 28 da referida lei, que trata da posse de droga para uso próprio, iremos mostrar as principais mudanças trazidas pelo Lei 11.343/2006.

### 1.1. Conceito de crime

Para compreensão da natureza jurídica do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, faz-se necessário inicialmente, destacar o conceito de crime. Segundo Greco (2006, p. 146) hoje o conceito de crime é eminentemente jurídico. Três são os primas dispensados ao conceito de crime: formal, material e analítico. Sob o aspecto material, Nucci (2005, p. 111) elucida que:

[...] o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível a uma conduta, ontologicamente, qualificando-se de criminosa. Em verdade é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva as condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo [...].

Dessa forma, de acordo com essas definições, conceituamos crime como a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes. Crime, sob o prisma formal, seria toda conduta humana que atentasse contra a lei penal editada pelo Estado (GRECO, 2006, p. 147).

Na concepção de Capez (2005, p.106) o conceito de crime sob o aspecto formal define-se como:

[...] mera subsunção da conduta ao tipo e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considera-se a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Na visão formal preocupa-se em delimitar uma conduta e tipificá-la de acordo com a lei penal. Grego (2006, p. 147) elucida que os conceitos formal e material não conseguem definir o conceito de crime com precisão. Surge, assim, o conceito analítico de crime, que analisa as características ou elementos que compõem a infração penal.

Toledo (2001, p. 80 *apud* GRECO, 2006, p. 147) preleciona sobre o conceito analítico de crime:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Observa-se, portanto, que no conceito analítico, crime é todo fato típico, ilícito e culpável. Essa é a teoria tripartida, posição majoritária. Segundo Greco (2006, p. 150), faz-se importante destacar que o fato típico é composto segundo tal teoria, dos seguintes elementos: “conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e tipicidade.”

O autor acima citado afirma ainda que a ilicitude ou antijuridicidade é a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Por fim, a culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente (GREGO, 2006, p.150).

Após definirmos o conceito de crime, é importante ressaltar que o porte de drogas para uso era definido como crime nas legislações anteriores a Lei nº 11.343/06, depois de referida lei houve alterações, que serão objeto do nosso trabalho.

## 1.2. Um breve histórico acerca da legislação brasileira sobre drogas

As ordenações Filipinas de 1603 é a primeira legislação brasileira sobre drogas que se tem notícia. Nessa legislação, era proibida a venda ou armazenamento da substância chamada “rosalgar”<sup>1</sup>, além de qualquer outra substância venosa (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1).

---

<sup>1</sup> Nome vulgar do óxido de arsênio – substância tóxica.

Com o surgimento em 1890 do Código Penal, 1º código Penal Brasileiro, nos dizeres dos autores acima citados, passou-se a considerar crime expor à venda ou ministrar substâncias venosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.

Esse dispositivo foi considerado insuficiente para combater as drogas que tomaram força a partir de 1914. Desse modo, foram criados diversos decretos para coibir a disseminação desordenada do uso de drogas, como por exemplo, o Decreto nº 4294 de 1921, inspirada na Convenção de Haia, conhecida como a primeira a primeira Conferência Internacional do Ópio, e o Decreto nº 891, de 1936 que trazia uma relação de substâncias entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, e ainda sobre a internação e interdição civil dos toxicômacos (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p.1).

Percebe-se, assim, que as normas penais foram sendo editadas à medida que as drogas avançavam na sociedade, se instalando nas cidades brasileiras.

Em 1940, foi promulgado o Código Penal Brasileiro, na vigência de tal código através do Decreto-Lei nº 3114, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. Já em 1964 foi promulgada a Convenção Única sobre entorpecentes, que trouxe uma lista de drogas mais abrangente e alterou a redação do artigo 281 do Código Penal, acrescentando o verbo “plantar” (ROCHA, 2008, p. 1).

Rocha (2008, p.1) afirma ainda que certas alterações às leis mencionadas tornaram-se necessárias para que fosse feito o ajuste às novas realidades. Criou-se, então a Lei n. 5.726/71, que dispôs sobre medidas “preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 3 *apud* ROCHA, 2008, p. 1).

Mesmo após a criação da Lei nº 5.726/71, percebeu-se que necessitava-se de uma mudança. Dessa forma, a Lei acima citada foi substituída pela Lei n. 6.368/76, de 21 de outubro de 1976.

Com o surgimento da Lei nº 6.368/76 substituiu-se a Lei nº 5.726/71, salvo o artigo 22 que tratava do procedimento sumário da expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de entorpecentes. Rodrigues (2001, p. 33) elucida que a Lei nº 6.368/76, tinha um caráter mais repressivo.

Salienta-se que em 2002, a Lei nº 10.409 pretendeu substituir a Lei nº 6.368/76, porém, segundo Grego Filho e Rassi (2007, p.6), *apud* por Rocha (2008,

p.1), tal lei não possuía uma boa definição de crime, acabando assim, não substituindo a lei 6.368/76. Quanto à aplicabilidade processual da Lei nº 10.409/02, a doutrina destaca que:

Referida lei previa normas processuais e procedimentais em 3 (três) capítulos: no IV (De procedimento penal), no V (Da instrução criminal) e no VI (Dos efeitos da sentença). Prosseguindo em sua senda de improbidade e defeitos, o artigo 27 dispunha: “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo...”. Isso permitiu concluir que, em virtude do veto às disposições penais, “nessa Lei” não havia previsão de crimes, visto que se encontravam na Lei nº 6.368/76. Pior: “nesse capítulo”, que se trata do “procedimento comum”, em desnecessária subdivisão, na estranha “Seção Única” havia apenas disposições sobre o inquérito policial e investigatório. O procedimento processual encontrava-se no capítulo seguinte, o V (Da instrução criminal), que não era “neste”. Muito menos no posterior. Diante deste contexto, posicionamo-nos no sentido de que deveria continuar sendo aplicado, também, o procedimento da Lei nº 6.368/76, talvez por razões exclusivamente prática, o que suscitou polêmicas (GREGO FILHO; RASSI, 2007, p. 7).

Diante desta situação legislativa, em 2006, criou-se a Nova lei de drogas - Lei nº 11.343/06, que possuía o intuito de melhorar a eficácia e aplicabilidade no que tange “ao tráfico ilícito de entorpecentes no tocante ao tratamento penal relativo aos usuários e dependentes de droga, com punições mais severas aos demais tipos penais” (ROCHA, 2008, p.1).

Conclui-se, assim, um breve histórico acerca das legislações brasileiras referentes às drogas.

Desta feita, para que se possa compreender qualquer lei que estabeleça a proibição do consumo de produtos entorpecentes, precisa-se buscar entender o que significa a palavra “droga”. Buscaram-se várias fontes de definição, de acordo com o exposto a seguir.

### 1.3. Conceito de Drogas

Segundo o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas – OBID (2012, s.p.), pode-se definir droga como sendo:

O termo droga tem origem na palavra *drogg*, proveniente do holandês antigo e cujo significado é folha seca. Esta denominação é devido ao fato de, antigamente, quase todos os medicamentos utilizarem vegetais em sua composição. Atualmente, porém, o termo droga, segundo a definição da Organização Mundial de Saúde – OMS, abrange qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento.

Droga é toda e qualquer substância, mesmo natural ou sintética, que, introduzida no organismo, modifica suas funções (OBID, 2012, s.p.).

Assim, o conceito e a nomenclatura atual apontam para a palavra droga como sendo o termo apropriado para definir o entorpecente que causa alterações psíquicas, de acordo com a legislação nacional.

De acordo com Santos (s.d., p. 1) drogas são substâncias que quando administradas no organismo, provocam alterações no funcionamento do Sistema Nervoso Central e levam a uma modificação no estado psíquico e físico do indivíduo.

O artigo 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 conceitua drogas como todo o produto ou substância capaz de causar dependência com previsão em ou em listas emitidas pelo Poder Executivo da União.

Até que seja atualizada a terminologia destas listas, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, especificadas na Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66) (MOREIRA, 2006, p. 1).

Parte-se, então, para uma melhor compreensão da lei antidroga 11.343/2006.

#### 1.4. A Nova Lei de Drogas – mudanças e inovações

Em 07 de outubro de 2006, entrou em vigor a Lei nº. 11.343/2006 que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad.

A Nova Lei de Drogas, entre outras coisas, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes, além do respectivo procedimento criminal (MOREIRA, 2006, p. 1).

A lei 11.343 de 2006, nos dizeres de Salina e Brega Filho (s.d., p. 1) tenta aperfeiçoar o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, reprimindo mais severamente condutas criminosas e especificando, em novas figuras típicas, o comportamento humano proibido, bem como apresentando um novo tratamento penal aos usuários e dependentes de drogas.

Para o tema proposto neste trabalho, é importante destacar que a Nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06, trata distintamente o usuário e o dependente de drogas. Nesse diapasão, Gomes (2007, p.110) expressa que:

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Aliás, em regra o usuário de droga não se converte num dependente. Ser usuário de droga (ou de álcool) não significa ser tóxico-dependente (ou alcoólatra). A distinção é muito importante para efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto.

O autor acima citado afirma também que tal distinção é importante principalmente quando o juiz buscar a correta aplicação da Lei em um caso concreto. Saliente-se que a medida de um novo modelo que substitui à postura mais repressiva em relação ao usuário ou dependente, parece-nos mais adequada ao combate às drogas.

Nesse contexto, Gomes (2007, p. 28) destaca que a política repressiva “foi abandonada somente no que tange ao usuário, tendo sido mantida e incrementada nos casos que envolvem produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.”

Quanto aos tipos penais existentes na antiga Lei nº 6.368/76, esses foram quase todos copiados pela Nova Lei de Drogas, as maiores diferenças são referentes às penas do crime de tráfico de drogas que foram majoradas, e passou a não ser aplicada pena de prisão ao usuário.

A maior inovação na Lei nº 11.343/06 quanto aos crimes acontece com a criação do Tráfico Privilegiado, no qual existem circunstâncias que demonstram uma conduta menos gravosa, minorando a pena e o delito de financiamento de crimes de drogas.

A Nova Lei de Drogas utiliza-se duas correntes de políticas criminais de drogas: a proibicionista e prevencionista. A proibicionista volta-se para a produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes, enquanto a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente (GOMES, 2007, p. 27).

Gomes (2007, p.27) afirma ainda que a “prevenção é a prioridade. O mais sensato e responsável de tudo, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas.”

Por todo exposto, percebe-se que a Nova Lei de Drogas trouxe inovações acerca do tratamento dos usuários, sendo necessário um estudo acerca de tais mudanças, o que será realizado no capítulo que se segue.



## 2. POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL

A política de prevenção às drogas sempre foi repressiva, mas isso vem sofrendo mudanças e atualmente fala-se em medidas preventivas e repressivo-preventiva. Uma das mudanças diz respeito ao tratamento dispensado ao usuário de drogas, que com a Lei n 11343/06 houve grandes alterações.

### 2.1. Diferenças na posse de drogas para uso pessoal na Lei nº 6368/76 e na Lei 11.343/06

No Brasil, o usuário sempre foi tratado como criminoso. Na vigência da Lei n. 6368/76 (Antiga Lei de Drogas), o usuário era punido com a pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa. Era adotada a política norte-americana da criminalização (GOMES, 2006, p. 1).

O usuário podia ser preso em flagrante e ficar preso até que pagasse a fiança ou fosse liberado pelo juiz. Era instaurado o inquérito policial e oferecida a denúncia pelo Ministério Público, entretanto, normalmente o réu era beneficiado pela suspensão condicional do processo, conforme o artigo 89 da Lei n. 9099/95.

E ainda, conforme o art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, poderia a autoridade policial lavrar o termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato. Mas, caso o autor for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se importará prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Houve necessidade de mudanças e, conforme salienta Carvalho (2010, p. 67 *apud* CASAGRANDE, 2010, p. 15):

A inadequação histórica da Lei 6386/76, após trinta anos de vigência, aliada ao processo de descodificação do direito penal, ocorrido durante a década de 90, com o advento de vários textos legislativos que afetaram direta ou indiretamente a política criminal de drogas, tornaram absolutamente complexo o sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas. Ainda, “a tentativa frustrada de renovação normativa em 2002 ratificou divergência dos mecanismos de criminalização primária e secundária e expuseram a dificuldade de desenvolvimento de uma política criminal de drogas coerente, seja ela proibicionista ou antiproibicionista.”

Com a Lei 10259/01, o artigo que tratava do usuário de drogas passou a ser considerado como crime de menor potencial ofensivo, com pena de até dois anos, tornando-se matéria de competência dos Juizados Especiais Criminais (JESUS, 2008, p.1).

Com o artigo 28 da Lei 11.343/06, essa situação se consolidou, não sendo aplicada pena de prisão ao usuário. Ressalta-se que a nova lei passa a tratar o usuário e o dependente de uma maneira mais branda (GOMES, 2007, p. 147).

Nos dizeres de Gomes (2007, p. 147) “depois que a infração do antigo artigo 16 da Lei n. 6.368/76 passou para os Juizados Criminais, nenhum usuário mais foi condenado à pena de prisão.”

O crime anteriormente definido no artigo 16 da Lei 6.368/76, não foi abolido pela nova lei, existindo nova figura típica para os usuários e dependentes de entorpecentes. A nova figura está descrita no artigo 28 e tem a seguinte redação: “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”.

Assim, aquele que tem a posse de drogas para consumo pessoal não mais estará sujeito ao encarceramento (CABETTE, 2007, p. 1).

Rocha (2008, p.1) expressa que:

O ápice do delito de porte de droga para consumo próprio encontra-se na contrariedade ao interesse jurídico coletivo, consubstanciado na própria saúde pública, e não pertence aos tipos incriminadores a lesão a membros do corpo da sociedade. Levando-se em conta a obrigação de respeito mútuo entre os membros da sociedade no que diz respeito à saúde pública, diz-se que aquele que porta droga lesiona o bem jurídico, causando dano massivo decorrente da falta de respeito com a vigilância do Estado da saúde pública.

Para melhor aplicação de tal dispositivo, é preciso saber distinguir o usuário e dependente de drogas do traficante. Nesse diapasão, Bizzoto; Rodrigues e Queiroz (2010, p.3) citados por Casagrande (2010, p.17) afirmam que:

[...] o usuário é consumidor eventual, capaz de controlar o seu desejo de buscar ou não a droga, enquanto o dependente é um doente, com desejo invencível de consumir, com tendências a aumentar a dose e ser capaz de obtê-la a qualquer custo, com utilização de quaisquer meios, inclusive ilícitos.

Faz-se mister destacar que nem sempre o usuário torna-se um dependente. E, de acordo com Gomes (2006, p. 1), a distinção do usuário e dependente de drogas é de suma importância para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada a cada caso concreto. O autor acima citado afirma ainda que:

O usuário não se confunde, de modo algum, com o traficante, financiador do tráfico, etc. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e

personais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (artigo 28, § 2º).

Outra mudança que ocorreu com a Lei 11.343/06 foi a diferenciação entre a conduta do usuário e a conduta do traficante. O artigo 33 § 3º prevê pena menor que a do “caput” do citado artigo, para quem oferece droga eventualmente e sem objetivo de lucro a pessoa de seu relacionamento, para consumirem juntos. Gomes (2007, p. 147) expressa que a diferença é que no artigo 28 o sujeito traz a droga para consumo próprio ou de terceiro, já o § 3º do art. 33 diz respeito à pessoa que oferece a alguém para uso conjunto.

Essa é outra diferença do artigo 16 da Antiga Lei de Drogas (Lei 6.386/76) para o artigo 28 da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), isto porque, na antiga lei apenas se enquadrava como usuário quem trazia consigo substância para uso exclusivamente próprio, e, caso fosse para uso de terceiro, configuraria crime previsto no artigo 12 da Lei 6.386/76 que era o delito de tráfico.

Dessa forma, com a atual lei não se pune com as penas de tráfico aquele que tem a droga para uso próprio ou a divide com mais de uma pessoa. Para demonstrar tal entendimento, no tópico a seguir será feita uma análise acerca das mudanças ocorridas sobre a punição do crime de uso.

## 2.2. Punição do crime de uso

Na Lei 6.386/76, três eram as condutas incriminadoras do crime de uso: adquirir, guardar ou trazer consigo (art. 16). Na nova lei são enumeradas cinco condutas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

Gomes (2007, p.150) afirma que “adquirir” que significa ser dono, seja comprando ou não. “Guardar” exprime a conduta de esconder. “Ter em depósito” significa estar à disposição do agente, exposta ou não ao público, não importando o local do depósito. “Transportar”, expressa a ideia de deslocar a droga de um lugar ao outro, e “Trazar consigo” é ter a droga em sua posse, seja no bolso, no carro, ou em um lugar de acessibilidade para uso imediato.

Como já ressaltado no presente trabalho, com a Lei 11.343/06, houve a impossibilidade da pena de prisão para o usuário.

Assim, percebe-se que a nova lei dá mais atenção à prevenção, apresentando medidas de reinserção de usuários ou dependente de drogas (CASAGRANDE, 2010, p.16).

Trata-se da “adoção de um novo modelo terapêutico em substituição à antiga postura repressiva em relação ao usuário ou dependente” (CABETTE, 2007, p. 1).

Segundo Gomes (2006, p.1) pode-se resumidamente destacar que a nova posição legislativa sobre o usuário caracteriza-se pelo seguinte:

(a) não associação do uso de drogas com a "demonização política e social" (leia-se: o usuário de droga não deve ser visto como um "demônio" ou criminoso); (b) a sobrevivência da sociedade não depende só da política repressiva; (c) a política do uso controlado, como o álcool, pode dar bom resultado; (d) o uso de droga não é assunto prioritário da polícia (sim, de saúde pública). A novíssima legislação brasileira sobre o assunto representa um avanço e está tendencialmente em consonância com a política européia de redução de danos.

Percebe-se assim que segundo o novo entendimento droga é um assunto relacionado à saúde pública, o usuário deve ser visto como um dependente de um vício, um doente e não como um criminoso, por isso a repressão não seria uma solução.

Em relação aos sujeitos do crime de uso, Nucci (2007, p. 304) elucida que:

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade. Não se pune o porte de droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade.

Ainda segundo o autor acima citado o bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, os mediatos são, por exemplo, a vida, a saúde, segurança pública. O que pretende a norma é proteger todos esses bens jurídicos, imediatos e mediatos. O crime consuma-se com a mera prática de qualquer conduta, não sendo necessário atingir um resultado, nem tampouco comprovar o perigo concreto. Do mesmo modo afirma Silva (2004, p. 6) citado por Rocha (2008, p.1):

Como se nota, não é necessário socorrer-se da tese do perigo abstrato, uma vez que, partindo-se do conceito de interesse difuso, pode-se construir uma teoria adequada à solução do tema. Essa lesão já conduz à existência do crime, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais, se houve invasão da sua esfera pessoal ou se o fato causou ou não perigo concreto a terceiros.

Admite-se a tentativa quando no caso de crime de uso, por exemplo, o agente tenta comprar droga para consumo pessoal. Porém, a tentativa não é punível, segundo Gomes (2007, p. 151): “aquele que nem sequer conseguiu realizar qualquer uma das condutas descritas no tipo legal, deve ficar afastado de qualquer tipo de sanção. Do contrário seria punido por sua intenção”.

É importante destacar que não comete crime aquele que é autorizado ou está em consonância com uma determinação legal ou regulamentar, pois se uma norma permite a conduta, não pode haver outra que a proíba (2007, p.151).

No procedimento da nova Lei, o infrator da lei será enviado diretamente aos juizados criminais, quando houver tais juizados de plantão (artigo 48, § 2º), e salvo se existir varas especializadas em drogas. E ainda, não há inquérito policial e sim será lavrado um termo circunstanciado. Também não é possível a prisão em flagrante (artigo 48, § 2º). Nas palavras de Moreira (2006, p.1):

Tal como ocorre com as infrações penais de menor potencial ofensivo, nas condutas previstas no art. 28 (porte ou plantação para consumo próprio), *"não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários."* Exatamente como está previsto no art. 69 da Lei nº. 9.099/95. Caso ausente a autoridade judicial, tais providências *"serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente."* Aqui, diversamente do que ocorre nas infrações penais de menor potencial ofensivo, não deve ser lavrado, em nenhuma hipótese, o auto de prisão em flagrante, ainda que o autor do fato não assine o referido termo de compromisso. Está vedada expressamente a detenção do agente.

Destaca-se que após tais providências, deve "o agente ser submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado".

Na audiência preliminar, é possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do artigo 28. Se o agente não aceitar a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, sendo aplicado no final apenas as medidas alternativas do artigo 28 (GOMES, 2006, p.1).

Na proposta de transação, o Ministério Público poderá especificar uma pena, isoladamente, ou duas ou mais penas, cumulativamente. Tais penas podem ser substituídas a qualquer tempo, com o fim de melhor adequá-la à recuperação e à reinserção do usuário e do dependente (SALIBA, 2007, p.1).

Segundo Nucci (2007, p.305), parece que, temendo a reação social à eventual descriminalização da conduta do consumidor, o legislador preferiu eliminar a pena privativa de liberdade, optando por outras formas de sanção extremamente brandas.

Três são as penas previstas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Tais penas são restritivas de direitos e não são penas alternativas. As penas previstas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e alteradas a qualquer tempo (SALIBA, 2007, p.1).

A advertência é jurídica, devendo ser o usuário ser advertido das implicações legais que a droga pode causar, e ainda ser advertido sobre os problemas sociais que acontecem em decorrência do uso. A prestação de serviço a comunidade é uma atividade exercida de forma gratuita e de acordo com as aptidões do agente. Por fim, a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo deve ser fixada pelo juiz, determinando o número de dias, qual programa, frequência, entre outros detalhes (CARVALHO, 2010, p.49 *apud* CASAGRANDE, 2010, p.25).

O autor acima citado expressa ainda sobre a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo que:

A nova Lei 11343/06, em paralelo à previsão de medidas de segurança aos inimputáveis em decorrência da dependência ou intoxicação fortuita, ao determinar as sanções cabíveis às condutas relativas ao porte para uso pessoal de drogas, estabeleceu nova espécie de medida: medida educativa (art. 28,III), que consiste na frequência a programa ou curso educativo. O caráter reabilitador e terapêutico na medida educativa associado à associação prevalente do direito penal das drogas entre usuário e dependente, cria na legislação pátria espécie atípica de medida, híbrido de medida de segurança e medida socioeducativa, aplicada ao imputável incurso nas condutas do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2010, p.49 *apud* CASAGRANDE, 2010, p.25).

Desse modo, incabível qualquer outra sanção penal que não aquelas elencadas no artigo 28, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, que determina a existência do crime e a sanção correspondente (SALIBA, 2007, p.1).

Saliba (2007, p.1) expressa que o parágrafo 2º do artigo 28, apresenta regras indicativas para a adequação típica da conduta daquele que é flagrado com entorpecente, determinando que:

[...] o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. São circunstâncias a serem observadas não somente pelo juiz no momento da prestação da tutela jurisdicional, mas por todos os órgãos de repressão, desde a formalização do procedimento policial até a manifestação do ministério público, visando à correta adequação típica.

O prazo máximo para as penas previstas nos incisos II e III é de cinco meses, podendo, em caso de reincidência, serem aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses. Ressalta-se que tal reincidência é específica, isto é, somente aquele que foi condenado anteriormente pelo crime descrito no artigo 28 e comete a mesma conduta (SALIBA, 2007, p.1).

O parágrafo 7º do artigo 28 da Lei 11.343/06, faz menção ao tratamento especializado. O juiz deve determinar ao poder público que coloque o infrator para realizar tal tratamento.

Esse tratamento é uma medida judicial administrativa que não deve ser obrigatório ao usuário, pois é importante para a aceitação para possíveis resultados. Em relação ao tratamento ambulatorial, disposto no mesmo dispositivo, não implica a internação do sujeito. Devendo o paciente permanecer no local durante os horários e dias assinalados (GOMES, 2007, p. 151).

Faz-se mister ressaltar que na Lei 11.343/06 a pena de prisão não é aplicada em hipótese alguma, mesmo no caso de descumprimento das penas do artigo 28. Nesses casos, há no parágrafo 6º do mesmo artigo, a previsão da admoestação verbal e multa, sucessivamente, como garantia do cumprimento (BACILA; RANGEL, 2007, p.68 *apud* CASAGRANDE, 2010, p.25).

Após todas essas considerações feitas a respeito do novo tratamento penal aos dependentes e usuários, não resta dúvida que a nova figura típica e as penas previstas são mais benéficas que as existentes anteriormente.

Dessa forma, é possível sua aplicação retroativa, inclusive aos casos em que a decisão judicial tenha transitado em julgado, consoante determina a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL, e o Código Penal, artigo 2º (NUCCI, 2007, p.305).

Saliba (2007, p.1) expressa que “aos usuários que tenham sido impostas penas diversas das previstas na nova lei e, sendo elas mais gravosas, a retroatividade é obrigatória”. Desse modo, caso a pena dos usuários fosse, por exemplo, privativa de liberdade.

Nesse diapasão, Nucci (2007, p. 305-306) elucida que:

Não há mais pena privativa de liberdade. Portanto, entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no art. 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no artigo 28 da Lei 11343/06.

Observa-se assim, a mudança do modo de tratamento dispensado ao usuário, que passa a ter como objetivos a prevenção, a reinserção social, a manutenção da saúde pública, entre outros.

Com tal inovação, ao não aplicar a pena de prisão ao usuário de drogas, deu início a uma grande discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06, o que será demonstrado no terceiro e último capítulo.



### 3. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO

Discute-se se o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune quem possui droga para consumo pessoal, operou uma descriminalização ou despenalização, já que a lei só previu penas restritivas de direito, como advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa, sem a possibilidade de aplicação de pena privativa da liberdade.

Com tal inovação, ao não aplicar a pena de prisão ao usuário de drogas, deu início a uma grande discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06, o que será demonstrado a seguir.

#### 3.1. Teoria do Crime de porte pra uso: Descriminalização

Segundo o dicionário Aurélio (2006), descriminar significa absolver de crime; tirar a culpa de; inocentar; excluir a criminalidade ou antijuridicidade de um fato.

Como destacado no presente trabalho, conceituamos crime como a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes, tornando-se ilícita. Leal (2007, p. 1) *apud* Rocha (2008) ensina que as mudanças com a Nova Lei de Drogas a:

[...] de maior significado penal foi, sem, dúvida a opção por uma Política Criminal de rejeição da prisão como instrumento válido de resposta punitiva à conduta do consumidor de drogas. Assim é que, de conformidade com o disposto no § 2º, do art. 48, tratando-se de consumidor, "não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente". Portanto, em hipótese alguma, o usuário de drogas poderá ser levado à prisão.

Descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante, com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção) (QUEIROZ, s.d., p.1).

Nos dizeres de Gomes (2006, p.108) citado por Monteiro (s.d., p.5) descriminalizar é "retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal)." Segue dizendo que há duas espécies de descriminalização:

[...] a que retira o caráter ilícito penal da conduta mas não a legaliza. b) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente, [...] A primeira pode ser chamada de descriminalização 'penal' (porque só afasta a incidência do Direito penal, mas o fato continua sendo ilícito). A segunda pode ser denominada de descriminalização plena ou total (porque elimina o

caráter ilícito do fato perante todo o ordenamento jurídico) (GOMES, 2006, p.108 *apud* MONTEIRO, s.d., p.5).

A descriminalização formal, também conhecida como de “jure” ou em sentido estrito, sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado (SALIBA; BRAGA FILHO, 2007, p.3 *apud* Rocha, 2008, p.1).

Na descriminalização subjetiva, substituem as penas por outros tipos de sanções, sejam elas a transformação de delitos de pouca importância em medidas educativas ou fiscais que recebem multas de natureza disciplinar (ROCHA, 2008, p.1). Assim, segundo Gomes (2008) citado por Gomez (s.d., p.1):

[...] a Lei nº 11.343/2006 (art. 28), de acordo com a nossa opinião, aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado “crime” (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização formal, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial).

Houve, portanto uma hipótese de *abolitio criminis*, isto é, esse fato deixou de ser legalmente considerado crime, embora continue ilícito. Como o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, dispõe que:

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

Nesse diapasão, Gomes (2006, p.1) expressa que como legalmente no Brasil crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, como a posse de droga para consumo pessoal na nova Lei não possui a sanção de prisão, não há dúvida que deixou de ser crime.

O autor acima citado afirma ainda que a nova Lei retirou do art. 28, a etiqueta de infração penal porque de modo algum permite a pena de prisão. E “sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no nosso país.”

No entendimento de que houve a descriminalização do porte para uso, temos a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demonstrada a seguir:

**VOTO 52**

**RELATOR: José Henrique Rodrigues Torres**

**Processo TJ nº 01113563.3/0-0000-000**

**Natureza: Apelação Criminal**

**Autor: Ministério Público (recorrido)**

**Réu: Ronaldo Lopes (recorrente)**

**Condênatória: Lei 11343/06, artigo 33, caput**

**VOTO: provimento para absolver o recorrente**

**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 para produzir lesão que invada os limites da alteridade e afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

A 6<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Exmo. Desembargador José Henrique R. Torres, considerou que portar droga para consumo próprio não é delito. Tal decisão foi fundamentada na Constituição Federal, e para fundamentar invocou-se os princípios da ofensividade, igualdade e intimidade. Isto porque, não há crime sem ofensa ao bem jurídico, há muitas drogas cujo consumo não é incriminado, como por exemplo, bebidas alcoólicas e o Estado não tem o direito de invadir a intimidade da pessoa para proibi-la de usar o que quer que seja (LEITE, 2008, p.2).

Como argumento para afirmar que o porte de drogas para consumo próprio o Desembargador Torres destaca que apenas ao estabelecer que a droga é para consumo próprio, não se pode falar em lesão a terceiros, mas em autolesão. E, afirma ainda que não se pode admitir qualquer “intervenção estatal, principalmente repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime (principalmente) quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade” (DINIZ, 2008, p.1).

Ressalta-se que tal decisão foi de plano constitucional, e desse modo a imposição de sanção penal ao possuidor de droga para uso próprio conflita com Estado constitucional e democrático de Direito que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiras pessoas. De acordo com tal entendimento se o agente ofende apenas bens jurídicos pessoais, não há crime, pode-se citar como exemplos, a tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios (LEITE, s.d., p.1).

Nesse contexto, consumo de droga passa a ser uma questão de saúde pública, não se trata de um tema de competência da Justiça Penal, o usuário deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso.

Entretanto, a jurisprudência brasileira, de um modo geral, não aceita ainda essa tese (da descriminalização do porte de droga para uso próprio).

Desse modo, percebe-se de acordo com tal entendimento que não sendo cominada a pena de prisão para porte de drogas para uso pessoal, a conduta não é mais crime em razão das penas em que elas são previstas.

### 3.2. Teoria da Despenalização do porte de droga para uso

Em relação à despenalização, Queiroz (s.d., p.1) elucida que caracteriza-se pela substituição legislativa ou judicial da pena de prisão por penas de outra natureza, com a despenalização a conduta permanece criminosa.

Por despenalização, Gomes (2008, p.108 *apud* MONTEIRO, s.d., p. 5) compreende que:

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

Na despenalização o fato continua sendo considerado crime, mas em contrapartida as penas são alternativas.

Zaffaroni (2004, p.304 *apud* SALIBA E BREGA FILHO, s.d., p.1) conceitua despenalizar como:

[...] ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.).

Dotti (2004, p.79) citado por Saliba e Brega Filho (s.d., p.1) aponta ainda que a despenalização constitui manifestação de política criminal “que o legislador atende em função de interesses ocasionais ou permanentes” e conceitua-a como “todos os casos em que a pena criminal é substituída por sanção de outro ramo jurídico, mantendo-se o caráter ilícito da conduta.”

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que houve uma despenalização do porte de drogas para uso próprio, cujo traço marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal (LEITE, 2008, p.2).

Conforme esse entendimento, de acordo com o autor acima citado, o uso de droga é considerado crime, isto porque, o art. 28 faz parte do Capítulo III, que tem

como título “dos crimes e das penas”; e porque o conceito legal de crime dado pela Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º) está há muito superado.

Nesse contexto, Marcão (2007, p.6) citado por Monteiro (s.d., p.9) expressa que:

É certo que o art. 1º da LICPB é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o CP é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as dominadas “penas alternativas” se encontravam na Parte Geral do Código Penal da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209/84), e menos ainda com o *status* que passaram a ser tratados com advento da Lei 9.714/98. O direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão. [...] A ausência de cominação privativa de liberdade não afasta nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção.

Assim, a despenalização significa o ato de mitigar a pena de um delito sem descriminá-lo, tornando possível a aplicação das penas alternativas às penas privativa de liberdade.

### 3.3. Teoria do crime de porte pra uso: descriminalização ou despenalização?

Muito se discute acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06, se houve descriminalização, legalização ou despenalização da posse de droga para consumo pessoal.

É importante ressaltar a diferença entre a legalização, descriminalização e despenalização. A legalização é definida como a remoção de qualquer sanção, o comportamento passa a ser legal. A descriminalização é a remoção do âmbito do direito penal, podendo ser punido através do Direito Administrativo. Já a despenalização é punir de outra forma os réus, que não com o processo e com a pena de prisão (CASAGRANDE, 2010, p.34).

Destaca-se que existem três posicionamentos acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06.

Nos dizeres de Silva (2009, p.1), há o entendimento defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que houve mera despenalização do artigo 28, “não se podendo falar em descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Tal posição é encontrada no julgamento do RE 430.105-9-RJ, de relatoria do então Ministro.”

O segundo posicionamento, é defendido por Luiz Flávio Gomes e consiste na afirmativa de que houve a descriminalização formal e ao mesmo tempo

despenalização do artigo 28 da Lei 11.343/2006, mas não *abolitio criminis*, configurando uma infração penal *sui generis*. Já o terceiro posicionamento, explicitado por Alice Bianchini expressa que ocorreu a descriminalização substancial do artigo 28, isto é, *abolitio criminis* (SILVA, 2009, p.1).

O posicionamento que defende a descriminalização penal é liderado por Luiz Flávio Gomes, baseando-se, como já salientado, no artigo 1 da Lei de Introdução ao código Penal. Assim, parte da premissa de que como a nova lei previu pena restritiva de direito, abolindo a pena privativa de liberdade e pecuniária, criou-se uma nova modalidade, que se encontra dentro do gênero delito ou infração penal chamada infração penal *sui generis* (GOMES; CUNHA, 2010, p.217).

Como infração *sui generis*, a posse de droga para consumo pessoal sugere que não se trata de crime nem de contravenção penal, porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão, mas não perdeu o caráter ilícito (GOMES; CUNHA, 201, p.217).

Segundo esse posicionamento, houve a discriminalização formal, ou seja, a infração já não pode ser considerada crime, mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga (GOMES; CUNHA, 2010, p.216).

Os autores acima citados afirmam ainda que, nesse caso, o usuário “já não pode ser chamado de criminoso. Ele é autor de um ilícito, ou seja, a posse da droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de criminoso.”

A Doutora em Direito Penal Alice Bianchini defende a tese de que a Lei 11.343/06 trouxe a ideia de *abolitio criminis*. Segundo esse entendimento, apesar da conduta estar inserida no capítulo dos “Crimes e das Penas”, a lei fala em medidas educativas ao tratar da consequência dos delitos, e esse abrandamento das medidas impostas ao usuário “refoge da estrutura e da sistematização do direito penal” (CASAGRANDE, 2010, p.32).

Entretanto, ao contrário, há o entendimento de que ao não cominar pena privativa da liberdade, o art. 28 não implicou *abolitio criminis*, mas simples despenalização, isto é, manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa da liberdade (QUEIROZ, s.d., p.1).

No mesmo sentido, Capez (2006) citado por Monteiro (s.d., p.9), afirma que não houve a descriminalização da conduta. Segundo ele:

[...] o fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei). A LICP está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.

Esse outro posicionamento acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06, contrária à tese de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, é encontrada no voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence em sede de Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ, julgamento ocorrido em 13/02/2007, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o tal artigo da Nova Lei de Drogas pertence ao direito penal, sendo considerado criminoso quem praticar a conduta descrita neste (SILVA, 2009, p.1). Silva (2009, p.1) dispõe que:

Nesse voto o relator defende que a conduta descrita no artigo 28 da Nova Lei de Drogas é crime punido com penas alternativas, sendo o usuário considerado um tóxico-delinquente e sendo assim, houve tão somente a redução da carga punitiva diante das novas espécies de penas previstas: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Os defensores desse posicionamento afirmam que a Nova Lei não descriminalizou o uso de drogas, mas é indiscutível que houve despenalização do seu caráter, “que significa o ato de mitigar a pena de um delito sem descriminá-lo, tornando possível a aplicação das penas alternativas às penas privativas de liberdade” (MONTEIRO, s.d., p.9).

Nesse contexto, temos a jurisprudência do TJSP no processo de Apelação 20026, da 1 Turma Criminal, com o Relator Elias Junior de Aguiar Bezerra, com julgamento no dia 17 de dezembro de 2008. Tal jurisprudência afirma que:

**PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO - DESCRIMINALIZAÇÃO - INOCORRÊNCIA** - Não há que se falar em *abolitio criminis*, pois não houve descriminalização da conduta de se portar ou guardar drogas para consumo pessoal. Houve apenas a mitigação das reprimendas aplicáveis ao usuário de drogas, retirando-se a possibilidade de prisão, mas sem afastar o caráter ilícito penal da conduta de se portar ou guardar drogas para uso pessoal - Recurso provido para afastar a decisão que rejeitou a denúncia.

Braga Filho e Saliba (2007, p.10 *apud* MONTEIRO, s.d., p.9) argumentam que a nova Lei de Drogas manteve o crime do art. 28, não podendo se falar em descriminalização, entretanto, seu caráter despenalizador é indiscutível.

Portanto, essa corrente mostra-se a mais aceita no meio jurídico e válida, na medida em que é encontrada em precedente do Supremo Tribunal Federal. A maior

aceitação dessa corrente também se deve ao fato de o referido posicionamento ter por fundamento a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XLVI, prevê outras espécies de penas, não previstas na Lei de Introdução ao Código Penal, lei essa premissa da tese da descriminalização formal da conduta de posse de drogas para consumo pessoal (MONTEIRO, s.d., p.9).

Por todo o exposto, demonstrado os posicionamentos e argumentos de ilustres doutrinadores diante do problema apresentado, qual seja, se houve ou não despenalização ou descriminalização das condutas do art. 28 da Lei 11.343/06, entendemos que, apesar da sanção da conduta de porte para uso de drogas ser consideradas medidas educativas, e sendo totalmente impossibilitada a pena privativa de liberdade, tal ato não deixou de ser considerado como ilícito.

Como já salientado, a jurisprudência de um modo geral, não aceita a tese da descriminalização do porte de droga para uso próprio. Entende-se que a Nova Lei de Drogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, apenas diminuiu a carga punitiva.

Diante disso, nosso entendimento é de que houve a despenalização das condutas descritas, corroborando com as ideias de que não há que se falar em descriminalização ou *abolitio criminis*. Isto porque, claramente houve apenas a mudança de espécie de pena para o porte de drogas para uso próprio, que deixou de ser privativa de liberdade, mas o artigo 28 está no Capítulo III, sendo tratado como crime, entretanto, com penas alternativas. A essência do delito se encontra na lesão ao interesse jurídico da coletividade, nesse caso a saúde pública.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, pode-se perceber que a lei de drogas foi criada como uma tentativa de usar meios mais efetivos e adequados para tratar de um assunto tão importante para a sociedade.

Analizamos ainda que antes da Lei 11.343/2006, o usuário era tratado como criminoso. De acordo com a antiga Lei 6.368/76 o usuário era punido com pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa. Podia o usuário ser preso em flagrante e ficar assim até que pagasse fiança ou fosse liberado pelo Juiz.

Entretanto, a nova lei, nº 11.343/2006, no seu art. 28, também pune o usuário, porém, não mais com pena privativa de liberdade, e sim, com sanções alternativas. Entendendo que o usuário precisa de tratamento contra essa doença e não prisão. Percebeu-se também que com tais mudanças surgiram diversas discussões, a principal delas diz respeito à natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

O art. 16 da Lei nº 6.368/76, proibia a posse de entorpecentes para o uso próprio, com pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. Com a lei 10259/01 um novo limite nacional para infrações de menor potencial ofensivo passou a ser aceito pela doutrina e jurisprudência como sendo de 2 anos. Desse modo, o art 16 da lei 6368/76 passou a ser considerado crime de menor potencial ofensivo e tornando-se matéria de competência dos Juizados Especiais.

A política adotada para a posse de droga para consumo pessoal, antes do advento da Lei 9099/95, era a da criminalização, a conduta era tida como criminosa. Com o advento da Lei 11.343/2006, o crime de posse de drogas passou a ser punido não mais com pena privativa de liberdade, como era com a lei anterior, mas sim com penas alternativas.

Assim, com a Nova Lei, a pessoa que for encontrada de posse de drogas para uso próprio, será encaminhada à autoridade policial ou ao judiciário, onde tiver vara especializada de entorpecentes. Na delegacia, faz-se o Termo Circunstanciado e junta-se o exame de constatação. A seguir, encaminha-se aludido expediente ao juizado criminal para a transação, se possível, e aplicação das penas necessárias, se for o caso.

Isso desencadeou diversos entendimentos a respeito da natureza jurídica de tal artigo, sendo que uns autores entenderam que com esse tratamento o crime de

posse de drogas passa a ser descriminalizado e outros entenderam pela despenalização de tal crime.

Pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal entende que o artigo 28 faz parte do direito penal e é crime; assim, houve mera despenalização, não se podendo falar em *abolitio criminis*. Dessa forma a conduta de uso deixou de ser formalmente crime, mas não perdeu caráter ilícito, continua sendo uma infração, mas sem natureza penal.

Há autores que defendem que houve a descriminalização formal, mas não *abolitio criminis*, configurando uma infração *sui generis*. O TJSP entendeu em jurisprudência controversa que houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio, o que não concordamos.

Observou-se que o legislador preferiu adotar a postura de não penalizar com a perda da liberdade provisória, com a intenção de abrandar o tratamento dado aos usuários, que passam a ser vistos como dependentes químicos, que necessitam de tratamento e não de punições severas. Assim, o legislador conferiu às sanções uma roupagem de medidas educativas, com a intenção de despenalizar a conduta.

Por todo o exposto, entendemos que, apesar das sanções da conduta de porte para uso de drogas ser consideradas medidas educativas, e sendo totalmente impossibilitada a pena privativa de liberdade, tal ato não deixou de ser considerado como ilícito. A conduta continua sendo considerada crime, mas suas penas passaram a ser alternativas. Desse modo, entende-se que houve a despenalização das condutas descritas e não há que se falar em descriminalização ou *abolitio criminis*.

## REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Posse de drogas para consumo pessoal: novas regras para a transação penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1444, 15 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10020>>. Acesso em: 10/05/2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V.1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASAGRANDE, Fernanda Fischer. *O tratamento penal da conduta de porte de drogas para uso pessoal na Lei 11343/06*. 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27089/000763629.pdf?sequence=1>> Acesso em: 07/05/2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de tóxicos não prevê prisão ao usuário*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1141, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8790>>. Acesso em: 07/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Lei de drogas comentada*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal especial*. 2ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio E. de. *Nova lei antidrogas. Alguns questionamentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1741, 7 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11124>>. Acesso em: 07/05/2012.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *A admoestação ao usuário de drogas e a descriminalização da conduta de uso, ante a Nova Lei Anti-Drogas*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37125/2>. Acesso em: 30/10/2012.

MONTEIRO, Fábio Borini. *A polêmica entre a descriminalização e a despenalização das condutas do art. 28 da Lei 11.343/06*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2112/2231>>. Acesso em: 18/06/2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Aspectos procedimentais da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06)*. Novembro de 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9075/aspectos-procedimentais-da-nova-lei-de-toxicos-lei-no-11-343-06>>. Acesso em: 18/03/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS – OBID. *Informações sobre Drogas: Definição e histórico*. Ministério da Justiça do Brasil. Disponível em:  
[http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id\\_conteudo=11250&rastr=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Defini%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rico](http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11250&rastr=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Defini%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rico). Acesso em: 31/10/2012.

QUEIROZ, Paulo. *Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?* Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenizacao/>> Acesso em: 18/06/2012.

ROCHA, Osmar de Oliveira. *A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas*. 24 de dezembro de 2008. Disponível em:  
 <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-lei-no-113432006-e-suas-inovacoes-no-ambito-penal-ao-usuario-de-drogas,22538.html>> Acesso em: 18/03/2012.

RODRIGUES, João Gaspar. *Tóxicos: abordagem crítica da lei nº 6.368/76*. Campinas: Bookseller, 2001.

SALINA, Marcelo Gonçalves; BREGA FILHO, Vladimir. *Usuários e dependentes na nova lei de drogas: descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica*. Disponível em:  
 <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/marcelogoncalvessaliba/usuarios.htm>>. Acesso em: 18/03/2012.

SANTOS, Rosa Maria Silvestre. *A prevenção de drogas à luz da ciência e da doutrina espírita*. Disponível em:  
 <<http://www.espirito.org.br/portal/artigos/diversos/drogas/a-prevencao-02.html>>. Acesso em: 18/03/2012.

SILVA, Pablo José Oliveira Furtado da. *Adequação Constitucional do artigo 28 da Lei 11.343/06: descriminalização formal, descriminalização substancial ou despenalização?* mar. 2009. Disponível em:  
 <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090306105903657](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090306105903657)> Acesso em: 18/06/2012.