

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**A NATUREZA JURÍDICA DA INFRAÇÃO PREVISTA PELO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/06 – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. Análise dos preceitos
primário e secundário da norma penal incriminadora.**

Otávio Henrique Pereira de Souza

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto

2013

OTÁVIO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA

**A NATUREZA JURÍDICA DA INFRAÇÃO PREVISTA PELO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/06 – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. Análise dos preceitos
primário e secundário da norma penal incriminadora.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

**Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco
Pontes**

RIBEIRÃO PRETO

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Souza, Otavio Henrique Pereira de

A natureza jurídica da infração prevista pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 – porte de drogas para consumo pessoal. Análise dos preceitos primário e secundário da norma penal incriminadora / Otavio Henrique Pereira de Souza - Ribeirão Preto, 2013.

55p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Dr. Daniel Pacheco Pontes.

1. Lei Antidrogas. 2. Penas. 3. Norma Penal.

SOUZA, Otavio Henrique Pereira de. **A NATUREZA JURÍDICA DA INFRAÇÃO PREVISTA PELO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. Análise dos preceitos primário e secundário da norma penal incriminadora.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção de grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Apesar do clichê, aos meus pais, que me permitiram a conclusão dessa nobre empreitada de cinco ótimos anos.

Ao meu pai, pela valiosa herança que me foi deixada, a oportunidade de crescer.

À minha mãe, pelos esforços nem sempre devidamente reconhecidos.

“Ao progresso cultural das civilizações relativamente aos direitos humanos, deve corresponder a abolição das penas que perante a consciência universal se mostram indignas do processo de evolução ética da personalidade.” (René Ariel Dotti)

RESUMO

O presente trabalho busca esclarecer a questão em relação à natureza jurídica do artigo 28 da Lei Antidrogas. Como o novo diploma legal não mais comina pena de prisão para o portador de pequena quantidade de drogas para consumo pessoal, surgiu a controvérsia se ainda se tratava de infração penal, uma vez que a Lei de Introdução ao Código Penal estabelece para caracterizar a figura o regime de restrição de liberdade. A questão não é meramente teórica, apresentando consideráveis efeitos práticos. A partir da análise dos caracteres da norma penal incriminadora – notadamente o preceito secundário – e pesquisa doutrinária e jurisprudencial relacionada ao tema, buscou-se responder à questão proposta. Autores como Luiz Flávio Gomes e João José Leal defendem a tese da descriminalização baseados na Lei de Introdução ao Código Penal, enquanto Greco Filho e Bitencourt escrevem ainda se tratar de crime tendo em vista a ordem constitucional e outros pontos. A conclusão é formada ao final a partir das bases do direito penal, da opinião de diversos autores e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo. Concluiu-se, a partir dos estudos, que a conduta de porte de drogas para consumo pessoal é crime e suas penas estão de acordo com a Ordem Constitucional.

Palavras-chave: Lei Antidrogas; Penas; Norma Penal.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto aclarar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del artículo 28 de la Ley de Drogas. A medida que la nueva ley ya no se imputa prisión por llevar pequeñas cantidades de drogas para uso personal, se planteó la controversia si seguía siendo un delito penal, ya que la Ley de Introducción al Código Penal establece para caracterizar la figura lo régimen de restricción de libertad. La cuestión no es meramente teórico, presentando efectos prácticos considerables. A partir del análisis del carácter incriminatorio de la norma penal - en especial el precepto secundaria - y la investigación relacionada con el tema en la doctrina y la jurisprudencia, hemos tratado de responder a la pregunta planteada. Autores como Luiz Flávio Gomes y João José Leal defienden la tesis de la despenalización en base a la Ley de Introducción al Código Penal, mientras que Greco Filho y Bitencourt escriben seguir siendo un delito todavía lucha contra el delito a la vista de los puntos constitucionales y de otro tipo. La conclusión se forma al final a partir de las bases del derecho penal, la opinión de varios autores y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Superior y el Tribunal de Justicia de São Paulo. Se llegó a la conclusión de los estudios que la conducta de posesión de drogas para uso personal es un delito y sus sanciones son de acuerdo con el orden constitucional.

Palabras clave: Ley de Drogas; Sanciones; Norma Penal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	4
2.1 Do delito (?) de porte para consumo pessoal: a legislação de 1976 e a atual Lei 11.343/06	10
3. A NORMA PENAL INCRIMINADORA	14
4. DAS PENAS	17
4.1 Da pena de advertência sobre os efeitos das drogas	24
4.1.1 Histórico.....	24
4.1.2 Da pena de advertência – caráter penal e finalidades	24
4.2 Da pena de prestação de serviços à comunidade	26
4.2.1 Conceito	26
4.2.2 Histórico.....	26
4.2.3 A pena de prestação de serviços à comunidade do art. 28 da Lei 11.343/06	27
4.3 Da medida de comparecimento a programa ou curso educativo	27
4.3.1 Histórico.....	27
4.3.2 A atual Lei Antidrogas	27
4.4 Das garantias de cumprimento e da prescrição	29
5. A INFRAÇÃO DE PORTE DE DROGAS NA LEI 11.343/06.....	31
5.1 A posição doutrinária e considerações gerais.....	31

5.2 A Questão de Ordem do Recurso Extraordinário 430.105/RJ – o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	35
5.3 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça	38
5.4 Das consequências práticas da natureza jurídica de crime – o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	42
5.4.1 Cometimento de falta grave em execução penal.....	42
5.4.2 Reincidência	44
6. A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP	47
7. CONCLUSÃO	50
7.1 Considerações ponto a ponto.....	50
7.1.1 Penas	50
7.1.2 Ordem Constitucional e Lei de Introdução ao Código Penal.....	50
7.1.3 Processos de descriminalização	50
7.1.4 Da conclusão final.....	51
REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

O trabalho em questão aborda a problemática da determinação da natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06, equivalente ao antigo art. 16 da revogada Lei 6.368/76. A chamada “Nova Lei de Drogas”, ou “Lei Antidrogas”, inovou no tratamento legal do usuário de drogas, não mais cominando à conduta de porte para consumo pessoal a deletéria pena restritiva de liberdade. A questão foi apressadamente abordada por parte da comunidade jurídica, escritores e alguns periódicos, como se tratando de descriminalização da conduta do indivíduo que porta para consumo pessoal pequena quantidade de droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Defendendo a tese de que se tratou de descriminalização – se baseando para tal na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941 – está principalmente Luiz Flávio Gomes, considerando as medidas aplicadas ao usuário como não sendo de natureza penal, sendo a conduta atualmente tipificada uma infração penal *sui generis*. João José Leal considera que o novo dispositivo criou uma terceira espécie de infração penal, tendo ocorrido uma “descriminalização branca”. Tal posição não é predominante, uma vez que diversos outros escritores – Vicente Greco Filho e Cezar Roberto Bitencourt podem ser citados como exemplo – consideram que apesar de não ser cominada a pena restritiva de liberdade a infração não perdeu sua natureza penal, não sendo possível ainda, segundo Bitencourt, a existência de uma terceira espécie de infração penal por ausência de previsão legal.

A questão não é puramente acadêmica, tendo relevantes consequências práticas aos indivíduos condenados pela Justiça que vão além das polêmicas sanções. Se a infração tem natureza penal como crime ou uma das contravenções, uma condenação apresenta consequências além da aplicação da pena e do estigma social, como por exemplo as elencadas nos artigos 91 e 92 do Código Penal. Podem ainda ser lembradas outras consequências relevantes, como a classificação da conduta como falta grave cometida pelo indivíduo que se encontra cumprindo outra pena segundo a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84. A atribuição de falta grave ao condenado produz reflexos no regime de execução e cumprimento de pena que podem ser considerados bastante gravosos. A importância da questão será demonstrada também pela análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao adotar determinado posicionamento a respeito da natureza

jurídica do art. 28 da Lei Antidrogas, tomam decisões em determinado sentido, que poderia ser diverso caso o entendimento a respeito do dispositivo em estudo fosse outro.

Para compor a fundamentação foi inicialmente analisada a atual e as anteriores legislações antidrogas em relação à figura do usuário e o contexto internacional de sua elaboração. O breve histórico tem como objetivo demonstrar como se deu a evolução do tratamento legislativo sobre o assunto, com a comparação dos diplomas anteriores e o atual. Cabe ressaltar que o atual diploma dispensa maiores atenções a medidas não repressivas, principalmente à prevenção, ao tratamento e atenção ao usuário e sua reinserção ao meio social. Prossegue a política de repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas, com o compromisso internacional assumido pelo Brasil de reprimir o tráfico de drogas.

Passou-se então ao panorama geral das normas penais e de sua estrutura lógica e técnica legislativa. A lei penal em si não traz uma proibição, esta decorre da norma. O Direito Penal exige a tipificação de maneira objetiva, devendo ser esta a descrição precisa da conduta proibida pela norma. É o chamado preceito primário da norma penal incriminadora. Ao cometimento da conduta objetivamente descrita é cominada uma pena, preceito secundário do binômio que forma a norma penal, conforme lembra o italiano Giulio Battaglini. A proibição surge por ter a conduta uma sanção como consequência.

O ponto mais polêmico do dispositivo em estudo e que leva a conclusões não unívocas a respeito de sua natureza jurídica foi esmiuçado em sequência: as penas – ou medidas – cominadas à conduta daquele que porta drogas para consumo pessoal. Como parte geral do capítulo, é traçada a evolução da fundamentação das penas e seus fins e funções em diferentes teorias. Doutrina nacional e estrangeira forma a base do item 4. As sanções do art. 28 da Lei 11.343/06 são analisadas uma a uma, partindo de um breve histórico da sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a presença de figuras equivalentes em diplomas estrangeiros. Os meios que dispõe o magistrado para que estas sejam efetivamente cumpridas, uma vez que é proibida a conversão de qualquer uma das penas do art. 28 em pena privativa de liberdade, são analisadas em item próprio. Em sequência o diploma trata do instituto da prescrição da imposição e execução das penas/medidas de que trata o Capítulo III do Título II da Lei 11.343/06.

Por meio do arcabouço teórico fornecido, o capítulo seguinte trata da infração em si, com as diferentes posições doutrinárias a respeito do tema confrontadas com os conceitos e bases do direito penal. Ainda, foi apresentada a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema proposto, considerando seus argumentos e aqueles contrários da doutrina.

Em itens próprios, foi feita a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O trabalho busca uma resposta baseada na já consagrada doutrina penal e no trabalho dos escritores mais recentes, minimizando a influência de concepções pessoais num assunto que certamente desperta polêmicas e paixões.

Com o desenvolvimento da base teórica e jurisprudencial, foi possível formar o capítulo final conclusivo, que buscará uma resposta de fundamentação sólida que leve em conta os argumentos da tese da descriminalização e de sua antítese. Ainda, não pode deixar de ser feita menção ao Recurso Extraordinário 635.659/SP, no qual a Defensoria Pública do Estado de São Paulo questiona a constitucionalidade do art. 28 perante a disposição constitucional de proteção à intimidade. O julgamento do RE mencionado não fará, independentemente do resultado, com que o presente trabalho se torne obsoleto, uma vez que analisa a validade da proibição na ordem constitucional e o presente trabalho, a natureza dessa proibição. O que se busca é uma crítica fria, que efetivamente responda a pergunta proposta no projeto sem influências pessoais de qualquer um dos lados.

2. EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como primeira parte da análise, é preciso estabelecer qual o enfoque da atual legislação sobre o tema e como este foi construído pelo tempo. Para que se entenda como atualmente é conduzida pelo Estado a questão das drogas é preciso voltar o olhar às décadas passadas, apontando as diferenças nos diplomas legislativos e no ordenamento jurídico como um todo. O primeiro tópico a ser abordado então é a evolução do tratamento da questão das drogas na legislação estrangeira e na brasileira – refletindo a influência do momento histórico em sua elaboração.

Antes de se comparar os diferentes diplomas, é necessária uma rápida conceituação a respeito dos tipos de medidas que podem ser tomadas contra o tráfico e as drogas. As medidas de combate ao uso de drogas podem ser classificadas em três tipos: medidas preventivas, terapêuticas e repressivas. Devem ainda ter em vista os dois lados da relação: o fornecedor de tais substâncias e o consumidor (GRECO FILHO, 1984, p.25). Medidas preventivas são aquelas que buscam evitar que se instale o vício por meio de, por exemplo, informação a respeito dos males que este pode causar ao indivíduo ou outras atuações similares voltadas ao possível usuário. As medidas preventivas que podem ser adotadas em relação ao fornecedor consistem no controle da produção e distribuição das drogas. Medidas terapêuticas são as que buscam a recuperação do indivíduo depois que já se instalou o vício, que muitas vezes o coloca a parte da sociedade. Porém, é no caso das medidas repressivas que se vê de maneira mais evidente a atuação do Estado por meio do Direito Penal em sua missão de tutela de bens jurídicos¹ (no caso do combate à circulação de drogas sem autorização legal, a saúde pública, segundo o entendimento dominante). Vicente Greco Filho (1984, p.32) a respeito de tais medidas, justifica a reação estatal por meio de medidas repressivas ao tráfico e contra aqueles que de qualquer modo forem por ele responsáveis ou facilitam a disseminação do vício em entorpecentes pela “gravidade e extensão do mal social que é a toxicomania”. Em sequência, lembra o autor que são penais as medidas repressivas quando a sanção corresponde à pena criminal ou administrativas se tiverem por objetivo a repressão ao abuso ou desvio da

¹ Nas palavras de Luiz Regis Prado, bem jurídico pode ser entendido como “um ente (dado ou valor social), material ou imaterial haurido no contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2008, p.247).

autorização na “produção, manuseio ou distribuição de substâncias controladas”, determinando-se nestes casos o fim da referida autorização.

É também principalmente no campo das medidas repressivas que se situam a maioria das discussões a respeito da atuação do Estado no combate à produção e distribuição de drogas sem autorização e medidas que buscam combater o vício.

Em relação ao tratamento dado à questão das drogas, pode-se dizer que, no plano internacional, apenas no século XX houve significativa mobilização no sentido de se controlar o mercado e a circulação de substâncias entorpecentes, apesar de seu consumo ser conhecido desde tempos imemoriais². A proibição do uso e do comércio de drogas, diferente de outros delitos como o homicídio, é recente (RODRIGUES, 2006, p.29). Vicente Greco Filho em sua obra *Tóxicos: prevenção, repressão (Comentários à Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976)* enumera as movimentações mais relevantes, destacadas e comentadas nos parágrafos seguintes.

Observa-se que num primeiro momento o que se buscava era o controle mais especificamente da produção e circulação do ópio, planta conhecida desde a Grécia Clássica, com a Conferência de Xangai em 1909 e a Conferência Internacional do Ópio em 1911, a qual resultou em 1912 numa convenção internacional³. No Brasil, o Dec.11.481, de 10 de fevereiro de 1915 foi o marco inicial de uma sistematização legal a respeito do tema e, assim como a legislação posterior, teve como traço marcante ter sido fundamentada em acordos internacionais. O referido Decreto determinou o cumprimento pelo Brasil da Convenção resultante da Conferência Internacional do Ópio, realizada na cidade de Haia em 1912⁴, da qual o Brasil já foi à época signatário (RIBEIRO, 2012, p.26).

Em 1931 e 1936 novas Conferências estabeleceram a obrigação dos Estados participantes de tomarem medidas para conter a expansão do vício (GRECO FILHO, 1984, p.33), limitando a fabricação a finalidades médicas e científicas e estabelecendo o compromisso de prevenir a impunidade dos traficantes (RODRIGUES, 2006, p.39).

² Lembra Luciana B. F. Rodrigues que “a utilização de plantas psicoativas e alucinógenas pelos nativos em cultos indígenas e pagãos era comum nos primórdios da colonização, tanto nas Américas como na Europa” (RODRIGUES, 2006, p.26-27).

³ A Conferência de Xangai de 1909 foi importante pois criou um esboço de cooperação internacional a respeito de drogas e inspirou a convenção sobre ópio de 1912 (RODRIGUES, p.38).

⁴ Foi incentivada pelos Estados Unidos, que pressionava pela implementação de sua política proibicionista em âmbito internacional. O documento exigia a limitação da produção e venda de ópio, seus derivados e da cocaína, estabelecendo ainda a necessidade de cooperação internacional para o controle dos narcóticos (RODRIGUES, 2006, p. 38).

Em 1961 firmou-se a Convenção Única de Nova York, promulgada por Decreto no Brasil em 1964⁵. Luciana Rodrigues nota, nesse momento, a “radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias” (2006, p.40).

A respeito dessas primeiras proibições, Vicente Greco Filho (1984, p. 35) observa que: “O controle internacional, portanto, limitou-se, primeiramente, aos entorpecentes ou narcóticos propriamente ditos, não incluindo os psicotrópicos de repressão mais recente, como as anfetaminas, o LSD etc”. No ano de 1971, a Convenção de Viena também banuiu o LSD e as novas drogas sintéticas e em 1988 fortaleceu-se o modelo proibicionista-punitivista com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁶. No ano de 1988, a Assembléia Geral das Nações Unidas ratificou os tratados anteriores e estabeleceu a meta de se eliminar ou reduzir drasticamente o consumo de drogas ilícitas. (RIBEIRO, 2012, p. 21). Tal modelo de proibição, contudo, tem sido alvo de críticas cada vez mais contundentes pela sua ineficácia e pelo aumento dos riscos. O Brasil é um dos países onde tais críticas aparentemente são aceitas, pode ser notada simpatia por uma política antidrogas mais tolerante, com estratégias para redução de danos (RIBEIRO, 2012, p. 24).

Internamente, desde as Ordenações Filipinas existem restrições à circulação dos anteriormente chamados “materiais venenosos”, cominando pena de “perda de sua fazenda e degradação para a África” (RODRIGUES, 2006, p.136). O Código Penal de 1890 tipificou como crime a conduta de expor à venda ou ministrar “substâncias venenosas” sem autorização. Mas, isolado, tal disposição “foi insuficiente para conter a onda de toxicomania que invadiu nosso país após 1914” (GRECO FILHO, 2009, p. 61-62), tendo sido editados uma série de Decretos a respeito do tema, disciplinando formas de controle de produção e manipulação, assim como prescrição e comercialização de entorpecentes.

Durante o governo de Vargas, foi editado o Decreto 20.930/32, que trouxe rol das substâncias proibidas e tipificou várias ações como tráfico e posse ilícita, sendo o viciado tratado como doente e a *drogadição* uma doença de notificação compulsória (RODRIGUES, 2006, p.137-138).

⁵ Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.

⁶ Nas palavras de Luciana Rodrigues, o sistema internacional teria atingido o “ápice da repressão” (2006, p.40). Observa ainda a autora: “trata-se de uma convenção quase que exclusivamente voltada para a repressão, com o propósito confesso de aperfeiçoar os instrumentos repressivos existentes e introduzir novos, e contemplar âmbitos até então descuidados” (p.42).

As Convenções das Nações Unidas das quais o Brasil é signatário influenciaram muito a legislação brasileira, tendo o país se comprometido a “reduzir o consumo e a demanda, com todos os meios disponíveis, inclusive mediante o mais drástico dos controles, o controle penal” (RODRIGUES, 2006, p. 134).

O Código Penal de 1940 determinava em seu artigo 281 na redação original:

Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Prevalecia naquela época a visão de que o usuário de drogas era um doente que necessitava de tratamento médico, não de sanção penal, enquanto que se utilizava o controle penal mais intensamente como forma de se controlar os atos de comércio de substâncias entorpecentes (RODRIGUES, 2006, p.141).

Na época, o rol de substâncias controladas era determinado pelo Decreto 891/38, depois substituído pelo estabelecido na Convenção Única de Nova York. É relevante mencionar também o Decreto-Lei 159/67 que equiparou as “substâncias capazes de provocar dependência física ou psíquica” – como alucinógenos ou anfetamínicos - aos “entorpecentes”, tendo o Decreto-Lei 385 de 1968 alterado o caput do art. 281, trocando a original segunda pela primeira expressão (GRECO FILHO, 2009, p.64). Porém, os decretos dos anos de 1960 fizeram também alterações mais profundas. O Brasil ingressou definitivamente no cenário de combate às drogas internacional após a promulgação da Convenção Única de Entorpecentes de 1961 no ano de 1964 (RODRIGUES, 2006, p.142). O Decreto-Lei 385/68 criminalizou a figura do usuário e o equiparou ao traficante, incluindo a conduta de “trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” ao art. 281

do Código Penal, sendo vista a criminalização do usuário, antes sob o ponto de vista clínico, como uma forma de combater de maneira oblíqua o tráfico de drogas (RODRIGUES, 2006, p.144). A Lei 5.726/71 alterou novamente o art. 281 do CP, com a previsão da “recuperação do infrator viciado” e um procedimento sumário de investigação, similar ao empregado à época nos casos de crime contra a segurança nacional (RODRIGUES, 2006, p.146).

A Lei 6.368/76 substituiu a anterior 5.726/71⁷ sobre a matéria, tendo sido editada num momento político diferente daquele que inspirou as duras medidas de “segurança nacional”. Em linhas gerais, seguiu a tendência, ainda que timidamente, de se ressaltar a importância das medidas preventivas (especialmente a educação), com outras inovações importantes, como a diferenciação entre o traficante de drogas e o usuário. A respeito da questão, M. M. Ribeiro lembra que a Lei nº 6.368/76, ao disciplinar a conduta do usuário em seu artigo 16 de forma distinta da figura do traficante do artigo 12, representou para a época um avanço, mesmo que ainda tímido. O sistema repressivo, porém, estava impregnado da ideologia de segurança nacional e permaneceu reforçado (RIBEIRO, 2012, p. 27), estando sujeito o usuário de drogas ainda à pena restritiva de liberdade.

Tal avanço, ainda que pequeno, mostra a mudança da abordagem e a tendência a valorização de outros enfoques que não o meramente repressivo no combate ao tráfico de drogas. Segundo a observação de GRECO FILHO, a educação e informação são o “único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício” (2008, p. 72).

As determinações da Lei 6.368/76 a respeito dos crimes e das penas relacionados às drogas foram mantidas até a entrada em vigor da Lei 11.343/06, vez que o Capítulo III que tratava da matéria na legislação de 2002⁸ foi vetado pelo Executivo segundo opinião do Ministério da Justiça. Pelas razões de veto:

Conquanto repleto de positivas inovações, o projeto, por razões já expostas, não logra êxito quanto à juridicidade de vários de seus artigos. Isso compromete a substituição plena da Lei que regula a matéria. Portanto, a cláusula que revoga a Lei nº 6.368/76 não deve persistir, sob pena de abolição de diversos tipos penais, entre outros efeitos nocivos ao interesse público.⁹

⁷ Interessante fazer menção ao art. 1º daquele diploma que determinava: “É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”. Fica claro ao longo daquela lei o espírito que a inspirava, uma vez que as medidas preventivas tinham nítido caráter repressor e buscavam de várias formas restringir a circulação das substâncias proibidas, tendo a educação e esclarecimento da população um papel secundário e a “recuperação” do usuário se daria por meio de medidas de caráter penal.

⁸ Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

⁹ 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 10/07/2013.

A Lei 10.409/02 pretendia substituir integralmente o diploma de 1976, inadequado em diversos aspectos. Por terem sido vetados pelo Poder Executivo vários de seus dispositivos, incluindo o artigo 59, que determinava a revogação da Lei 6.368/76 e o capítulo que tratava dos crimes e das penas, a nova lei entrou em vigor totalmente descaracterizada. Segundo a própria mensagem de veto, a nova legislação “não logra êxito quanto a juridicidade de vários de seus artigos”¹⁰, ou seja, faltou rigor técnico do legislador na redação dos dispositivos. Ainda, por não ter sido revogada a lei de 1976, não houve descriminalização com a entrada em vigor da nova lei na ocasião – o Brasil era signatário das Convenções de Nova York e de Viena e se comprometia a criminalizar o tráfico ilícito de entorpecentes - pois apesar do capítulo a respeito dos crimes e das penas da nova lei ter sido vetado, a lei anterior não foi revogada, como bem observou GRECO FILHO (2008, p.72 e 73). A Lei 6.368/76 e a 10.409/02 vigoraram ao mesmo tempo em relação a mesma matéria (combate ao tráfico e prevenção dos males causados pelas drogas) até a entrada em vigor da Lei 11.343/06.

O processo de criação da Lei 11.343/06 procurou levar em conta que o problema das drogas afeta de maneira direta a toda a sociedade, seja pelo problema do vício ou ainda pelo aumento da criminalidade relacionada ao tráfico de drogas. A nova lei é organizada em seis títulos, sendo possível para qualquer observador, mesmo que em rápida análise, verificar estarem presentes em algum grau os três tipos de medidas apontadas por Vicente Greco Filho: as medidas preventivas, terapêuticas e repressivas. São os títulos: Disposições preliminares; Do Sistema Nacional de políticas públicas sobre drogas; Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; Da cooperação internacional; Disposições finais e transitórias. Pretendeu-se então atacar a questão das drogas por diversos aspectos, não apenas pela proibição de condutas por meio da aplicação de sanções de natureza penal. A atenção ao usuário pela prevenção e reinserção social não excluiu a repressão estatal ao tráfico. Critica Luciana Rodrigues a opção pelo controle penal sobre as drogas, pois este “só reforça as dificuldades nacionais, pois no Brasil a polícia é violenta e corrupta, e o serviço de saúde pública não consegue dar um atendimento médico decente nem para doenças mais comuns, que dirá para oferecer tratamentos de desintoxicação” (RODRIGUES, 2006, p.134).

¹⁰ *Idem* item 9.

2.1 Do delito (?) de porte para consumo pessoal: a legislação de 1976 e a atual Lei 11.343/06

Para evitar que o presente trabalho não se torne exaustivamente histórico e extenso, a análise da questão a respeito do porte de drogas para consumo/uso pessoal será restrita ao principal diploma legislativo a respeito em vigor e seu equivalente revogado. São eles: a Lei 6.368/76 e a 11.343/06. Nas diferenças entre tais normas – mais especificamente nas inovações da lei mais recente - está o ponto central da discussão proposta. Por ter sido a Lei 10.409/02 bastante alterada pelos vetos do Executivo – mais especificamente o Capítulo III a respeito dos crimes e das penas - antes de entrar em vigor, esta não será parte do objeto principal da comparação e da controvérsia a ser analisada nesse tópico.

Primeiramente, o artigo 16 da Lei 6.368/76 vigorava com a seguinte redação:

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.

Tal artigo tem como equivalente o atual artigo 28 da Lei 11.343/06, *in verbis*:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

Analizando as inovações presentes no artigo 28 em relação ao revogado artigo 16, nota-se primeiramente a mudança da expressão utilizada para representar o elemento subjetivo do tipo. A locução “uso próprio” foi substituída por “consumo pessoal”, que passou a ser o grande determinante no enquadramento da conduta, devendo ser caracterizado segundo o §2º do dispositivo supracitado. A diferença entre as locuções se observa na medida em que é possível o enquadramento no tipo menos gravoso de condutas antes tidas como tráfico, como aquela do indivíduo que porta drogas para consumo doméstico de mais de uma pessoa (GRECO FILHO, 2009, p.130). Ainda, foram incluídas as formas de ter em depósito e transportar no tipo do artigo 28, referente à conduta do usuário. Anteriormente, segundo Sérgio Ricardo de Souza em sua obra *A nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência*, tais núcleos eram parte apenas do grave crime de tráfico (SOUZA, 2007, p.27). Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho discordam de tal afirmação e lembram que tais núcleos já estavam presentes no revogado artigo 16, principalmente pelos verbos *guardar* e *trazer consigo* (MENDONÇA; CARVALHO, 2008, p. 50). Os autores também não consideram ter ocorrido qualquer mudança significativa com a substituição da expressão “uso próprio” por “consumo pessoal” (2008, p. 46-47).

Ainda, ocorreu a substituição da expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” por “drogas”, terminologia já utilizada pela Organização Mundial da Saúde. A expressão anterior poderia provocar o equívoco de se considerar qualquer substância que provocasse dependência como proibidas pela legislação penal, como num exemplo simples, a cafeína. A alteração da expressão manteve a sistemática de se utilizar publicação do Poder Executivo para a conceituação do termo “drogas” pela listagem das substâncias proibidas (MENDONÇA; CARVALHO, 2008, p. 23). A referida lista é publicada periodicamente pelo Ministério da Saúde¹¹.

Porém, a alteração mais significativa que deu origem à controvérsia em análise é a profunda alteração no preceito secundário da dita norma penal, com o fim da pena privativa de liberdade ao usuário, agora sujeito a chamadas “medidas educativas”, que o *caput* ainda chama de “penas”. Nesse aspecto, é inegável que as figuras do traficante e do usuário de

¹¹ Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998 - Aprova o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial. Atualizada recentemente pela Resolução RDC nº 39, de 09/07/2012.

drogas foram bastante diferenciadas pela legislação. Segundo A. B. de Mendonça e P. R. G. de Carvalho, tal diferenciação não se limitou apenas a diferenciação das penas, mas também mostrou alteração considerável no enfoque da prevenção do uso e do combate ao tráfico. Para os autores é possível verificar desde logo que o objetivo principal da Lei 11.343/06 foi a separação das figuras do usuário de drogas e do traficante, que vai além da diferenciação das penas cominadas para cada uma das condutas. A nova lei, como observam os autores, altera o “enfoque social sobre as drogas, com a adoção de regime diferenciado para prevenção do uso e a repressão do tráfico” (MENDONÇA; CARVALHO, 2008, p. 20). Tal diferença de tratamento pode ser observada ao longo de todo o diploma, não apenas no art. 28.

Apesar de não tratar diretamente sobre o tema proposto, é importante dedicar alguma atenção ao Capítulo II do Título II - Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. O Título II é um ótimo exemplo do novo enfoque da legislação. Leitura do artigo 24 da Lei 11.343/06 confirma tal posicionamento, uma vez que é prevista a possibilidade de concessão de benefícios às instituições privadas que desenvolvem ações de reinserção do usuário de drogas ao mercado de trabalho.

O mencionado artigo, *in verbis*:

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

Observa-se então a intenção do legislador de amenizar os males sociais causados pelo vício em drogas com a busca pela inclusão do usuário e do dependente no mercado de trabalho. Cabe lembrar ainda que já se reconhece que tais males não são restritos apenas aos sujeitos da relação entre usuário, traficante e Poder Público. Logo em seguida é estabelecido o direito aos serviços de atenção à saúde pelos usuários e dependentes, mesmo que estiverem cumprindo pena restritiva de liberdade. O artigo 26, *in verbis*:

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

Tendo tais dispositivos como exemplo, verifica-se então que o combate ao tráfico de drogas pela atual legislação se afastou do modelo norte-americano da pura e simples *war on drugs*¹², fazendo uso então das medidas de prevenção e tratamento ao usuário, não tendo apenas o modelo de medidas repressivas como eixo do sistema de combate às drogas.

Em resumo, os dispositivos comparados apresentam algumas distinções. Facilmente observável é a mudança quanto ao uso de certas expressões, mais especificamente no caso da adoção de “consumo pessoal” substituindo “uso próprio” e “drogas” no lugar de “substância que determine dependência física ou psíquica”. O uso das novas expressões é justificado pela clareza que o aprimoramento gramatical trouxe ao tipo, tornando mais claro qual a conduta proibida pela norma. Porém, apesar de considerável, a alteração gramatical não é a diferença mais marcante. Deve ser destacada como grande inovação a imposição de sanção bem menos gravosa ao agente que pratica a conduta do dispositivo em questão, prevendo a norma vigente apenas sanções não privativas de liberdade. A respeito da inovação e de sua relação com a questão do combate ao tráfico de drogas, Sérgio Ricardo de Souza lembra que não se pode discordar da relevância do argumento de que só existe a figura do traficante porque sua atividade é financiada pelos usuários de entorpecentes, mas também é certo que não é por meio da cominação de pena privativa de liberdade que se dará a redução do consumo. Seria, para o autor, “tapar o sol com a peneira”, ou seja, o problema existe praticamente no mundo todo, não sendo a melhor forma de combatê-lo o gasto de recursos públicos com a manutenção e criação de estrutura carcerária para os usuários e viciados em drogas, mas sim por meio de “orientação, informação, educação e tratamento curativo” (SOUZA, 2007, p.24). O autor, em outras palavras, faz referência ao conhecimento popular de que “não existe vendedor sem comprador”, mas assim como Vicente Greco Filho, também entende que a prevenção e o tratamento são as vias adequadas para combater o vício, não sendo razoável a imposição de uma pena restritiva de liberdade – com todo o estigma e consequências nefastas ao indivíduo que dela decorrem.

¹² Termo utilizado pelo presidente dos Estados Unidos Richard Nixon em discurso proferido em 1971 se referindo a campanha de proibições e de repressão ao tráfico e uso de drogas naquele país.

3. A NORMA PENAL INCRIMINADORA

Não custa lembrar que a principal distinção do Direito Penal dos outros ramos do Direito é a gravidade das sanções que pode impor em caso de violação de suas normas, uma vez que estas são criadas para a proteção de bens jurídicos relevantes. Por isso, o conhecido corolário *nullum crimen, nulla poena sine lege*, expresso no artigo 1º do Código Penal Brasileiro¹³. Portanto, para a correta identificação de uma norma penal incriminadora, é necessário que se definam os caracteres essenciais da lei penal, sua fonte imediata.

Normas penais não são apenas aquelas que impõe sanções a determinadas condutas. Existem normas penais - presentes principalmente na Parte Geral do Código Penal – que não impõe sanções, mas tem outro conteúdo, por exemplo estabelecendo ou reafirmando princípios penais, como o caso do já citado artigo 1º CP. Rogério Greco lembra que as normas penais do Código não objetivam apenas punir os agentes que praticam as condutas dos tipos penais incriminadores. No Código Penal existem normas que não estabelecem proibições ou mandamentos que, se infringidos, levarão à punição do agente segundo o preceito secundário, mas sim possuem um conteúdo explicativo ou mesmo têm por finalidade a exclusão do crime ou isenção de pena. Tais normas são as chamadas normas penais não incriminadoras (GRECO, 2008, p. 21).

O renomado autor lembra que nem todas as normas presentes no CP buscam a punição, existindo então dois tipos de norma penal: a norma penal incriminadora e a não incriminadora. As chamadas normas penais não incriminadoras buscariam “a) tornar lícitas determinadas condutas; b) afastar a culpabilidade do agente, erigindo causas de isenção de pena; c) esclarecer determinados conceitos; d) fornecer princípios gerais para a aplicação da lei penal” (GRECO, 2008, p. 22). Cezar Roberto Bitencourt, partindo do fato de que a lei é a fonte da norma penal, coloca que esta tem “característica proibitiva ou mandamental, permissiva, explicativa ou complementar” (BITENCOURT, 2011, p. 157). No mesmo sentido, escreveu Aníbal Bruno. Para este autor, norma penal é aquela que manifesta a vontade do Estado ao definir quais são os fatos puníveis e as sanções a eles cominadas. Desse modo a norma incriminadora é a norma penal em sentido estrito. Mas são também normas

¹³ Tem como base o mandamento constitucional do art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nas palavras de Regis Prado: “a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal)” (PRADO, 2008, p. 130).

penais as que completam o sistema penal definindo princípios gerais e dispendo sobre a aplicação das normas incriminadoras e seus limites (FIRMO, 1967, p.195).

Não serão objeto de estudo mais aprofundado as normas penais não incriminadoras, nas não pode ser negada sua importância por completar o sistema penal e trazer a medida da aplicação das sanções das normas incriminadoras, diretamente ligadas então aos limites das sanções penais e da sua aplicação na busca pela proteção dos bens jurídicos¹⁴.

Segundo Bitencourt, as chamadas normas penais incriminadoras definem as infrações penais - concretizando o princípio da legalidade - proibindo ou impondo (no caso dos crimes omissivos) a prática de certas condutas, com a ameaça expressa da pena em caso de descumprimento da norma, sendo consideradas normas penais em sentido estrito (BITENCOURT, 2011, p. 158). Apresentam, em decorrência do mencionado princípio, uma construção (técnica legislativa) na qual define-se objetivamente a conduta como preceito primário – como no caso do delito de furto a subtração para si ou para outrem de coisa alheia móvel – e o preceito secundário a pena cominada ao agente que pratica tal conduta – seguindo o mesmo exemplo temos a pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Mirabete descreve tal estrutura. É composta por duas partes: o preceito primário que estabelece a conduta e o preceito secundário, que estabelece a sanção. Como exemplo de tal estrutura pode ser analisado o art. 121, caput. Temos em tal artigo: “Matar alguém” como preceito primário e “Pena, reclusão, de seis a vinte anos” como preceito secundário. Da combinação lógica dessas duas partes surge a proibição da norma, ou seja, “é proibido matar”. Nos dispositivos da lei penal em sentido estrito (a norma penal incriminadora), são tipificadas as condutas consideradas criminosas, sujeitas a sanções penais (MIRABETE, 2008, p. 30).

A norma penal incriminadora é, portanto, aquela norma penal que impõe determinada sanção por determinada conduta, tendo como fonte, pelo princípio da estrita legalidade penal, a lei. É composta por dois elementos principais: o preceito – que determina a conduta proibida pela norma – e a sanção – a principal consequência jurídico-penal do delito. Régis Prado comenta as consequências de tal construção, fazendo referência a Teoria das Normas de Binding¹⁵, com uma conclusão bastante interessante. O autor, a respeito da formulação técnica do tipo penal incriminador, faz referência a distinção feita pelo jurista

¹⁴ Magalhães Noronha, a respeito do tema, em outras palavras: “não só é a lei fonte do Direito Penal, como também sua medida” (NORONHA, 1959, p. 65)

¹⁵ Karl Ludwig Lorenz Binding (Abril 6, 1841 – Abril 7, 1920), jurista alemão.

Karl Binding, na qual o delinquente realiza o tipo penal da lei, ou seja, não há violação da lei penal, mas sim da norma, a proposição que lhe prescreve o modelo de sua conduta, que é um preceito não escrito. Chega-se a conclusão então que “a norma cria o ilícito; a lei, o delito”. Ao se levar em conta o ponto de vista lógico-formal, a norma penal seria uma proposição condicional com dois elementos: a hipótese legal, que seria a previsão do fato ou antecedente e sua consequência jurídica (sanção penal, que pode ser uma pena ou medida de segurança). (PRADO, 2008, p. 127-128). Por não prever expressamente uma proibição – como por exemplo se o artigo 121 do Código Penal tivesse como preceito primário a frase *é proibido matar* -, conclui o autor, portanto, que o agente que pratica a conduta típica não viola a lei penal, uma vez que realiza a conduta descrita, contudo viola a norma penal que decorre da lei, pois a proibição da norma vem da cominação de pena no preceito secundário.

Conclui-se então que, pelo princípio da estrita legalidade penal expresso no artigo 1º do Código Penal – que concretiza o corolário de *nullum crimen, nulla poena sine lege* – a lei é a fonte da norma penal incriminadora. Tal disposição é composta pelo preceito (conduta) e sanção (pena), originando a lei a norma penal que define as infrações penais. Tal construção (tipificação da conduta e cominação de pena) decorre da necessidade de descrição da conduta proibida (BITENCOURT, 2011, p. 158).

4. DAS PENAS

Passa-se agora ao estudo das penas como preceito secundário da norma penal incriminadora. É preciso traçar os caracteres gerais das sanções do direito penal antes de tratar, em espécie, das penas cominadas à conduta daquele que porta drogas para consumo pessoal. A discussão a respeito das penas é central no que diz respeito à conduta estudada, pois a inovação trazida levou a opiniões de certa maneira apressadas quando a Lei 11.343/06 entrou em vigor, como por exemplo notícia publicada no dia 24 de agosto de 2006 pelo periódico *Consultor Jurídico*¹⁶, que noticiou a *descriminalização* da conduta. Tal entendimento não é unívoco. Ainda como um panorama geral, serão trazidas breves palavras a respeito das funções das penas e de sua fundamentação. Para facilitar o entendimento, o presente item será dividido em pequenos subtópicos.

a) fundamentação

Iniciando a exposição sobre o tema do presente capítulo, merece destaque a obra “Dos delitos e das penas”. Em uma das mais renomadas obras sobre o assunto, Cesare Beccaria estabelece, segundo seus estudos, os requisitos que devem estar presentes em qualquer pena para que esta não seja uma violência de um cidadão ou de uma coletividade contra um indivíduo. Para o autor, a pena deve “ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, proporcional aos delitos e ditada pelas leis” (BECCARIA, 2011, p.147). Influenciado pela teoria do contratualismo, Beccaria estabelece tais requisitos, pois seria necessário manter o “repositório de liberdades” formado pelo contrato social contra as ações prejudiciais dos homens, sendo as leis “condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la” (BECCARIA, 2011, p.31). Chama o autor as penas de *motivos sensíveis*, pois afetariam os sentidos e levariam os homens a obedecer as leis que tiraram a sociedade do caos, não seriam suficientes nem mesmo “as mais sublimes verdades” para frear as paixões mundanas dos homens e fazer com que estes cumpram as leis. Deve por isso ser *necessária e a mínima dentre as possíveis*. Ainda, precisa ser rápida, aplicada logo após o cometimento do delito para que o indivíduo – e a coletividade – mantenha a ligação entre o delito e a pena. Tal raciocínio deve ser levado em conta ao se analisar, aplicar ou alterar a pena cominada a qualquer delito. Para Beccaria,

¹⁶ Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-ago-24/posse_droga_consumo_pessoal_deixa_crime>. Acesso em: 13/05/2013.

então, as penas se mostram necessárias para manter as leis, condições sob as quais os homens se uniram em sociedade, contra estes mesmos homens, em nome do bem comum. Seriam medidas que, por afetar de maneira sensível os indivíduos, os levariam a não quebrar tais condições. Para que não passem da medida necessária e se tornem uma forma de violência, as penas devem ser apenas as medidas minimamente necessárias ao cumprimento das leis, aplicadas de maneira rápida – de forma a ser associada ao delito e a demora não seja motivação para ignorá-las – e proporcional ao delito cometido, para que não ocorram abusos contra o indivíduo.

b) evolução

A pena, escreve Henny Goulart, tem sua evolução ligada ao homem e sua história como reação contra atos que atentassem contra os interesses do grupo (GOULART, p.25). Sua função como reparação da ofensa tendia a desaparecer e passaria a ser aplicada como castigo. Com a elaboração das ideias liberais novas concepções surgem, as teorias absolutas buscam na pena a satisfação da ideia de justiça, enquanto as teorias relativas, finalistas ou utilitárias colocam-nas como forma de assegurar a ordem jurídica (p.27). Atualmente o Direito Penal tem a tendência à ideia de recuperação e emenda, mas ainda não renunciou totalmente à retribuição, pois uma medida exclusivamente curativa não atuaria contra a criminalidade pela reafirmação do direito violado (p.33-34).

A ideia de retribuição ainda encontra adeptos. É o caso de Miguel Reale Júnior. O autor conceitua a pena como “uma privação de direitos cominada pela lei penal e aplicada pelo juiz ao condenado, que a ela deve-se submeter” (2004, p.43). O autor reconhece ainda que o mero processo penal já é em si um constrangimento, uma vez que todo o aparato estatal é voltado contra o réu, que tem desde já restritos alguns de seus direitos pelos deveres impostos pelo processo penal, como a obrigação de comparecer quando intimado (2004, p.43). Lembra Reale Jr. que, se imposta uma pena, esta é vista pelo condenado sempre como um castigo, mesmo que seja suspensa ou se trate de uma pena de mera restrição de direitos. Afirma o autor que todos os penalistas, mesmo aqueles que ressaltam a finalidade não retributiva à pena, referem-se a esta como um castigo. Colabora para tal visão a imagem produzida pela sociedade de “fora da lei” ao condenado por infração penal, ou seja, o estigma que acompanha uma condenação criminal. Segundo a visão da vítima, a pena também seria um castigo, pois atende ao desejo de vingança por meio da ação estatal – pois afinal é o Estado que detém o monopólio do uso da força e proíbe a vingança privada. Para a sociedade a pena seria um castigo merecido, exigência decorrente do cenário de falta de segurança

urbana e do fenômeno chamado pelo autor de “dramatização da violência pelos meios de comunicação” (2004, p.44-45).

c) legitimidade das penas

Para o alemão Claus Roxin, sendo a missão do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos assim como a manutenção da ordem social, é por meio de tais balizas que se determinam quais condutas o Estado pode punir por meio da pena. A teoria do fim da pena responderia a questão a respeito de qual modo a pena deve surtir efeito para atender às missões do Direito Penal (ROXIN, 1997, p. 81). Como crítica, Roxin lembra que para a teoria retributiva o sentido da pena não é a perseguição de algum fim social útil, frequentemente tida como sem finalidade, justificada apenas na compensação da culpabilidade. A pena segundo a teoria retributiva seria dessa forma a mera imposição de um mal merecido, que retribui, equilibra e expia a culpa que o autor carrega pelo fato cometido, se fala de uma teoria absoluta, pois a pena seria desvinculada de um fim social (1997, p. 81-82).

Tal teoria, ainda sim, tem como mérito a sua capacidade de causar uma impressão do ponto de vista social-psicológico e por propiciar uma medida para o tamanho da pena como correspondente ao da culpabilidade. Ainda de acordo com tal teoria, estaria proibida em qualquer caso a imposição de uma pena drástica em casos de culpabilidade leve. A teoria retributiva coloca, portanto, uma limitação ao poder punitivo do Estado e tem, nessa medida, uma função liberal de proteção da liberdade (1997, p. 84).

Porém, a teoria retributiva não é mais sustentável cientificamente hoje perante as funções do Direito Penal. Sendo a missão do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos, não pode utilizar uma pena que dispense os fins sociais. Uma pena tida exclusivamente como uma forma de castigo não é socialmente legítima perante a missão protetiva do Direito Penal (1997, p. 84). Ainda, contra a teoria retributiva tem-se suas consequências de natureza político-social, uma vez que a execução penal baseada na imposição de um mal não repara os danos da socialização, causa comum para o cometimento de delitos, não sendo então adequada contra a criminalidade (1997, p. 84). Roxin rechaça a ideia de qualquer retribuição, sendo os limites da pena dados pelos limites da culpabilidade e servindo aos fins de prevenção geral e especial (1997, p.103).

d) significado

A pena, lembra o italiano Battaglini, é o segundo elemento do binômio em que se baseia o direito penal, uma sanção específica desse ramo do direito que o caracteriza,

diferente das outras sanções do direito. O sentido próprio de sanção no Direito Penal é o meio jurídico que tem por objetivo evitar a transgressão e a inobservância de um preceito mediante uma coação psicológica com características de repressão e reação (BATTAGLINI, 1949, p. 517). Ainda, segundo o autor, a pena pode ser conceituada em dois sentidos: o formal e o substancial. Do ponto de vista puramente formal, a pena pode ser definida como a consequência jurídica que a lei expressamente estabelece ao agente que pratica fato típico (p. 519). Do ponto de vista substancial, a pena pode ser definida como o meio aflitivo que o Estado aplica ao delinquente por conta do crime. A evolução histórica do instituto é evidente com a mudança nas espécies e na intensidade aflitiva das penas. Por um longo período de tempo as penas não eram proporcionais ao delito, sendo um grande mérito da Escola Italiana se insurgir contra a exorbitância e promover a legislação penal moderna segundo o critério da proporcionalidade entre a pena e o delito (p. 520-522). Battaglini, na mesma linha que Beccaria, escreve que, na vida em sociedade há interesses e valores que o Estado deve tutelar de maneira particular, não por meio da mera edição de normas jurídicas, mas também por meios de se assegurar a observância dessas normas. Tal tutela pode ser conseguida de maneira efetiva por dois meios principais, premiando a observância da norma ou punindo sua não observância. Por meio da pena, o Estado pune a não observância (BATTAGLINI, 1949, p. 523).

e) culpabilidade

Por meio da pena o Estado busca assegurar a observância da norma, sendo uma medida necessária ao bem comum uma vez que outras formas de tutela jurídica, como a reparação de dano, não são adequadas e suficientes nos casos de certas violações do direito, como é o caso dos delitos (BATTAGLINI, 1949, p.524).

A culpabilidade é pressuposto da pena, sendo esta uma consequência do delito e este não pode existir como fato passível de punição quando falte reprovabilidade sobre a conduta humana (DOTTI, 1980, p. 147). Ainda, “a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente” (DOTTI, 1980, p. 155). De tais afirmações pode-se deduzir a afirmação de que a culpabilidade é a fundamentação e o limite da pena.

Culpabilidade, em termos genéricos, diz respeito à capacidade do indivíduo de responder pelas consequências de seus atos, sendo parte do conceito analítico de delito – uma ação tipificada como injusto, não justificada e censurável. É o juízo de reprovabilidade pela realização da conduta omissiva ou comissiva típica, não podendo se falar em culpabilidade então sem tipicidade (PRADO, 2008, p. 365). Não faz sentido falar em responsabilidade

jurídica sem que exista liberdade jurídica, ou seja, o indivíduo deve ser capaz de se comportar de acordo com a norma (PRADO, 2008, p. 366). Só se pode falar em culpabilidade como reprovabilidade quando presente a exigibilidade de conduta diversa – segundo a norma – em um indivíduo capaz de entender a (in)adequação de seu agir e de se comportar de acordo com tal entendimento. Tem-se então os três elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

f) necessidade

Muito se falou na necessidade da pena, portanto pode-se dizer que a pena teria certas funções. Tais funções são reconhecidas pela doutrina tradicional como sendo, principalmente, a prevenção do delito, ou seja, a observação da lei penal pelo indivíduo e pela coletividade – prevenção especial e geral. A pena se justifica no plano jurídico pelos fins que persegue (DOTTI, 1980, p. 166).

Uma primeira teoria dos fins da pena é a teoria da retribuição, com origem no idealismo alemão. A aplicação da pena decorreria de uma necessidade ética de justiça, sendo o efeito preventivo apenas secundário. Atualmente essa ideia de pena como retribuição só se mantém no sentido em que a pena deve ser proporcional ao delito cometido quando presente a culpabilidade do agente. A concepção moderna de retribuição não corresponde a uma vingança social, mas sim a um princípio que busca limitar a pena pela gravidade do injusto e da culpabilidade do agente (PRADO, 2008, p. 489-490). Para Battaglini, o delito é um ilícito de valor ético, não simplesmente lesivo de interesse, mas lesivo a um sentimento moral da coletividade segundo seu tempo. O delito pode ser tido então como a ofensa a uma consciência pública. A ofensa à moral coletiva leva a uma necessidade de reparação, que seria a aflição da pena. Para o autor essa reparação é a função essencial da pena, que deve ser proporcional ao delito para que se tenha uma justiça penal. Se a pena como um meio de prevenção pressupõe um ser dotado de vontade – capaz de se determinar segundo a vontade de obedecer as leis por seus valores pessoais ou por temor à punição – a pena como meio de reparação requer um ser dotado de liberdade (BATTAGLINI, 1949, p. 525-526), que pela aflição de a ter restrita. O princípio retributivo – chamado pelo autor de “reparação” – no sentido de limitar a pena prevalece sobre o princípio preventivo, não podendo ser aquele desconsiderado mesmo nos casos em que fosse necessário para alcançar a finalidade preventiva (BATTAGLINI, 1949, p.526). A justiça penal atua como reparação do injusto, ao mesmo tempo em que combate a delinquência mediante prevenção ou com intimidação do réu (p. 528). Tanto Battaglini (p.524) quanto Regis Prado (p. 495) reconhecem a predominância

dos fins de prevenção especial e geral conciliadas de certa maneira com a exigência de retribuição (como limitação da pena perante o delito cometido). Francisco Toledo reconhece também como finalidades da pena suas funções preventivas geral e especial, assim como a retribuição. O legislador buscaria atingir o sentimento ético ou o temor por meio da cominação de penas para o comportamento tipificado como ilícito penal, buscando evitar a conduta proibida (finalidade de prevenção geral da pena). Caso essa ameaça falhe, a pena cominada pela lei se torna uma pena concreta por meio do processo penal e passa a atuar sobre o indivíduo, ensejando sua possível emenda ou neutralização (finalidade preventivo-especial). O autor também não exclui o caráter de retribuição da pena, ligado à culpabilidade do agente, pois “a pena cominada não igual à pena concretizada”. Por meio da pena concretamente executada tem-se a retribuição pelo ilícito cometido (TOLEDO, 1994, p.3).

g) outras consequências do ilícito penal

Modernamente, o Direito Penal atribui como consequências jurídico-penais do delito não apenas as penas, mas também as medidas de segurança. Existem ainda as consequências extrapenais, ou seja, não apenas a pena cominada no preceito secundário da norma incriminadora. Tais consequências são alheias à culpabilidade ou à periculosidade do agente, decorrendo da mera condenação criminal. São elas: os efeitos da condenação¹⁷, a responsabilidade civil e a reparação do dano causado. (PRADO, 2008, p. 488). Ou seja, a condenação criminal não limita as consequências ao agente somente quanto a pena, ocorrendo também a perda da primariedade e os efeitos que decorrem de tal fato, o reconhecimento da reincidência, a revogação do sursis e do livramento condicional, o impedimento de

¹⁷ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

reconhecimento de privilégios (como os casos de furto privilegiado, apropriação indébita privilegiada, estelionato privilegiado). Ainda, no caso de indivíduos em cumprimento de pena, o cometimento de crime é falta grave segundo o art. 52 da Lei de Execução Penal (conhecida como LEP, Lei nº. 7.210/84), provocando a regressão de regime nos casos de condenados à pena privativa de liberdade (art. 118 da LEP), a perda de até 1/3 tempo remido (art. 127 da LEP), a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, §1º, “d” da LEP) dentre outras sanções.

h) conclusão

Do que foi exposto até então, podemos extrair que a pena, como meio para que se cumpram as normas penais, se justifica por suas funções. Certas violações ao direito têm como sanção uma pena, pois outras formas não seriam suficientes ou adequadas nos casos tutelados pelo Direito Penal. Mas, para que tais penas não se tornem uma forma de violência contra o indivíduo, devem ser apenas as necessárias a seu fim, a mínima possível e aplicada rapidamente. As penas têm como função prevenir o cometimento de delitos por impor uma sanção a ser aplicada aos indivíduos que praticarem determinadas condutas proibidas de acordo com a norma penal. A chamada prevenção geral se baseia na ameaça de pena caso seja cometido o delito. Se essa função de ameaça falhar, a pena abstratamente cominada se tornará concreta por meio do Processo Penal, devendo corresponder à medida da culpabilidade do agente. A sanção penal deve corresponder ao ilícito, mesmo que com isso seja prejudicada a função preventiva – se a prevenção depender de um aumento de pena não justificado pela ofensa não pode ocorrer a majoração.

i) das penas do art. 28 da Lei 11.343/06

Quanto às consequências jurídicas do art. 28 da Lei 11.343/06, Bitencourt elenca as principais razões pelas quais as considera como sendo de natureza penal (2011, p.637-638). O autor leva em consideração sua localização no capítulo da lei dedicado aos crimes e às penas, o *caput* dispositivo tipifica uma conduta e estabelece sanções que chama de “penas”. Ainda, o §3º do art. 28 fixa o limite máximo da duração das penas e o art. 30 trata da prescrição, referindo-se a “imposição e execução das penas”, estabelecendo ainda como causas de interrupção da prescrição aquelas elencadas no Código Penal. Passarão a ser agora analisadas uma a uma as penas/medidas do art. 28.

4.1 Da pena de advertência sobre os efeitos das drogas

4.1.1 Histórico

A advertência, segundo BITENCOURT (2011, p. 627-627), surgiu no Projeto de Código Penal alemão de 1936 como uma alternativa à pena restritiva de liberdade inferior a um mês ou multa inferior a 90 dias-multa, numa época em que ainda não se admitia a suspensão condicional da pena. A “Grande Comissão de Direito Penal”, após debater a nova medida, acabou por recusar a iniciativa. Porém, foi finalmente admitida na Reforma de 1975, em caráter excepcional, sendo acolhida pela jurisprudência – atendendo à *prevenção geral* – e sua aplicação foi ampliada pelo aumento da chamada *cláusula de merecimento* em 1986, buscando o legislador maior aplicação da nova medida. Na concepção alemã tal advertência seria o reconhecimento da culpabilidade do agente com sua pena determinada em sentença. Tal sanção é suspensão e o autor recebe uma *advertência*, residindo o caráter sancionador da medida no reconhecimento da culpabilidade.

4.1.2 Da pena de advertência – caráter penal e finalidades

O autor considera ainda que tal sanção pode se mostrar eficaz nos casos em que a mera responsabilização penal ou o fato de estar no polo passivo de uma ação penal já seria por si só sanção relevante para o agente portador de irretocáveis antecedentes, ou seja, a pena estaria nesses casos cumprindo sua função de prevenção especial. Tal sanção deveria ser reservada aos agentes que não precisam ser *ressocializados* e que o delito não passou de um mero incidente (BITENCOURT, 2011, p. 629-630).

René Ariel Dotti elenca a pena de advertência em sua obra entre aquelas sanções que chama de “Providências Éticas”, que se encontram dentre as medidas não detentivas. Para o autor seria “uma das eficazes medidas de fundo moral e que se presta para reagir a um tipo de criminalidade leve cometida por certos autores”. Ou seja, o autor reconhece a adequação da sanção para os casos de crimes leves cometidos por autores com “um alto sentido da própria dignidade” (DOTTI, 1980, p. 449).

Portanto, tanto para Bitencourt quanto para Dotti, a advertência é medida de caráter penal, alternativa à pena restritiva de liberdade. Tal sanção seria adequada nos casos de delitos leves cometidos por agentes que não se dedicam ao crime e nem tem este como parte

de sua trajetória de vida¹⁸, para os quais a pena de prisão ou até mesmo outras sanções penais não fariam sentido por serem desnecessariamente gravosas a agentes que muito provavelmente não voltariam a delinquir.

Mesmo o texto da lei nº 9.714/98 não ter definido qual seria o *sentido e conteúdo* da pena de *advertência*, Bitencourt acredita que a medida poderia consistir em uma *censura oral condicionada* feita de maneira severa, dependendo das circunstâncias, ao indivíduo considerado *culpado*, assim como preveem o Código Penal da Alemanha de 1975 (§59) e o Código Penal português (em seu art. 60) e outros diplomas legais estrangeiros (BITENCOURT, 2011, p. 626-627). Tal pena, lembra o autor, seria bem mais eficaz, por exemplo, que a multa aplicada a condenado insolvente, uma vez que a multa como dívida de valor¹⁹ não se converte em outra pena, ou seja, o culpado não seria submetido na prática a nenhuma sanção penal (BITENCOURT, 2011, p. 628).

Os dois autores discordam, no entanto em um ponto. Dotti considerava que aplicava-se a *pena* de advertência também na audiência de concessão do *sursis*, sendo a reprimenda caracterizada pela ameaça de revogação da medida. Diferencia-se da advertência da audiência que concede o livramento condicional por esta ter caráter de mero conselho para quem já sofreu a pena restritiva de liberdade (DOTTI, 1980, p. 449-450). Bitencourt, porém, modernamente entende que tanto a advertência de concessão do *sursis* quanto naquela da audiência de concessão do livramento condicional não tem caráter de sanção penal (2011, p. 627).

Como se pode verificar, os autores concordam que a medida de advertência tem caráter penal. Sua função preventivo-especial está ligada à reprimenda sofrida pelo autor do fato que teve sua culpabilidade reconhecida. Justifica-se a medida nos casos de crimes leves, nos quais, para o agente, pessoa que não tem o crime como parte de sua vida e que o mero reconhecimento de sua culpabilidade ou até mesmo o próprio procedimento penal já seriam sanções suficientes. No caso da pena aplicada ao usuário de drogas cominada pela Lei

¹⁸ Tal caracterização é na prática bastante difícil de ser feita sem que se recorra a preconceitos, o que a tornaria cientificamente inválida e totalmente inadequada. A caracterização adequada de tais indivíduos merecedores de tais penas deveria ser acompanhada de critérios legais objetivos para não se tornar letra morta, ser banalizada – aumentando o sentimento de impunidade – ou sofrer outras desqualificações. Um critério objetivo que poderia ser considerado é, por exemplo, nunca ter se dedicado o agente a atividades ilícitas. Um dos critérios poderia ser o da primariedade. O delito cometido também deve ser analisado para que se reconheça o indivíduo merecedor de tal pena.

¹⁹ Estabelece o Código Penal em seu artigo 51: “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, sendo aplicadas as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

11.343/06, o conteúdo da advertência como sanção penal foi determinado: advertência “sobre os efeitos das drogas”.

Greco Filho duvida que tal pena tenha caráter coercitivo, mas não nega sua natureza criminal (2009, p.139). Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho não consideram a advertência como pena, uma vez que estaria ausente a finalidade repressiva, não sendo restrito nenhum bem jurídico do condenado – sem nenhum caráter aflagrante. Ainda, tal pena não teria uma finalidade preventiva especial capaz de dissuadir o condenado a não mais delinquir. Poderia tal medida ainda ser aplicada pelo delegado, promotor ou juiz, advertindo a autoridade o indivíduo a respeito dos males das drogas. A saída, segundo os autores, seria aplicar a medida cumulada com alguma das outras duas previstas (MENDONÇA; CARVALHO, 2008, p.57-58).

4.2 Da pena de prestação de serviços à comunidade

4.2.1 Conceito

A prestação de serviços à comunidade tem sido conceituada pela doutrina como o “dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários” (BITENCOURT, 1999, p. 133). Bitencourt destaca as características fundamentais que tal trabalho/atividade deve ter como sendo a “gratuidade, a aceitação pelo condenado e a autêntica utilidade social” (1999, p.134)

4.2.2 Histórico

O trabalho em favor da comunidade foi colocado como alternativa à prisão formalmente nos países socialistas (nos códigos russo e polonês) nos anos de 1960. O trabalho teria finalidade pública e não seria remunerado (DOTTI, 1980, p. 419). Ariel Dotti enumera diversos países do Ocidente que também adotaram a medida a partir de meados do século XX, como Inglaterra, Holanda, Dinamarca, Alemanha e Portugal (DOTTI, 1980, p. 420-422). A nova pena era basicamente aplicável como alternativa ao encarceramento de curta e média duração, em horário diverso ou não da ocupação habitual do condenado. No direito brasileiro, a execução das atividades deverá ser em horário diverso da jornada de

trabalho do condenado (art. 46 § 3º do CP) para que não interfiram em sua estrutura profissional e, em consequência, em seu processo ressocializador. Foi “ensaiada” em nosso país com a obrigação do condenado a prestar atividades de caráter social na concessão do *sursis*. Os tribunais resistiam à ideia desse tipo de pena por considerar excessiva aos limites da condenação, mas foi consagrada pela Lei 6.416/77, que alterou o art. 698, §2º, II do CPP (DOTTI, 1980, p. 420). A pena de prestação de serviços à comunidade foi incluída na Reforma do Código Penal da Lei 7.209/84, e passou a fazer parte das penas autônomas como uma das restritivas de direitos do art. 43. Cumpre, segundo Bitencourt, a função preventivo-especial das penas em seu aspecto ressocializador por levar o indivíduo à reflexão e, muitas vezes, ao “reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado” (1999, p.137).

4.2.3 A pena de prestação de serviços à comunidade do art. 28 da Lei 11.343/06

Como sanção ao condenado pela conduta de porte de drogas para consumo pessoal tipificada no artigo 28 da Lei Antidrogas, deve ser imposta pelo prazo máximo de cinco ou dez meses, em caso de reincidência. Deve ainda ser cumprida preferencialmente em estabelecimentos que se ocupem da prevenção do vício ou recuperação de usuários.

4.3 Da medida de comparecimento a programa ou curso educativo

4.3.1 Histórico

As penas de frequência a curso ou submissão a tratamento foram vetadas pelo Executivo durante o processo legislativo de elaboração da Lei 9.714/98 que tratava das penas alternativas à prisão. Foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela nova Lei Antidrogas (Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006) como uma das sanções cominadas à prática da conduta de porte de drogas para consumo pessoal.

4.3.2 A atual Lei Antidrogas

A pena de “comparecimento a programa ou curso educativo” da Lei Antidrogas pode ser relacionada com a pena de frequência a curso e submissão a tratamento vetada na Lei 9.714/98. Bitencourt considera digno de aplausos o veto à tal pena naquela lei, por ser vexatória, com questionável caráter retributivo ou se possuiria alguma prevenção, pela “ausência de definição do sentido, conteúdo, finalidades, limites, condições e formas da

referida pena" (BITENCOURT, 2011, p.631). O mesmo questionamento é feito quanto à pena de “submissão a tratamento”, igualmente vetada. Porém, na Lei 11.343/06 o conteúdo da pena de comparecimento a programa ou curso educativo é específico sobre cursos e tratamentos voltados contra a toxicomania (BITENCOURT, 2011, p. 640). Tem-se então um inegável caráter ressocializador ao buscar a minimização dos males que o vício em drogas causa à vida do viciado. Trata-se de uma restrição de direitos do condenado – o comparecimento é compulsório – por obrigá-lo a passar parte do seu tempo frequentando tais cursos ou programas. A legislação busca tornar efetiva a medida ao comandar no §7º do art. 28 que o juiz mande o Poder Público coloque à disposição do infrator estabelecimento de saúde para tratamento especializado gratuitamente.

O mencionado caráter ressocializador faz destacar a natureza preventivo especial da referida pena. Lembra ROXIN que a teoria oposta à retribuição é a da prevenção especial, com a interpretação de que a pena consiste unicamente em fazer o autor desistir de cometer delitos (ROXIN, 1997, p.85). Prossegue o renomado jurista ao lembrar que a teoria preventivo especial enfrenta ainda a questão de ter o Estado direito a educar e tratar seus cidadãos adultos por afetar o que chama de núcleo intocável de sua personalidade (p.88). Seria, portanto, segundo a opinião do autor, ilegítima a determinação de tratamento compulsório em busca de ressocialização por não poder legitimamente o Estado interferir sensivelmente na personalidade dos indivíduos por meio de tratamentos. Existiria desde mais ou menos 1975 um abandono gradativo à ideia de ressocialização, oposição esta que se dirige ao tratamento compulsório com o fim terapêutico penal (ROXIN, 1997, p. 88).

Cabe acrescentar ainda uma crítica feita pela Organização Pan Americana de Saúde (OPAS) à medida de internação compulsória de usuários de drogas. Trata-se de uma nota técnica do dia 08 de maio de 2013²⁰ a respeito do tema. Segundo a nota: “A OPAS/OMS no Brasil considera inadequada e ineficaz a adoção da internação involuntária ou compulsória como estratégia central para o tratamento da dependência de drogas”. Destaca ainda a nota: “priorização de medida extrema como a internação compulsória, além de estar na contramão do conhecimento científico sobre o tema, pode exacerbar as condições de vulnerabilidade e exclusão social dos usuários de drogas”.

²⁰ Disponível em http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opasoms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&catid=1016:bra-01-noticias Acesso em 17/08/2013.

Nos casos em que for aplicada a pena de comparecimento a curso ou programa educativo, tais métodos de educação e esclarecimento devem levar em conta que o indivíduo que os frequenta não está presente na maioria das vezes de maneira voluntária, portanto novas estratégias educacionais devem ser consideradas para que se alcance a finalidade preventiva de tais penas. Tanto a medida de internação compulsória aos usuários quanto a medida de comparecimento a programa ou curso educativo imposta aos condenados pela Justiça serão inócuas se executadas sem a devida atenção das autoridades públicas.

Considerando a inspiração da Lei 11.343/06 de buscar tratamento, prevenção, educação e outras medidas de combate às drogas, com atenção mais adequada ao usuário e as ponderações críticas de Roxin, a pena do inciso III deve ser aplicada e executada tendo em vista os objetivos primordiais da Lei Antidrogas. Tais objetivos foram expostos no art. 3º, inciso I, que estabelece como prioridade do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad “a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas”.

4.4 Das garantias de cumprimento e da prescrição

O artigo 28 em seu parágrafo sexto trata ainda de duas medidas que está o juiz autorizado a tomar caso o condenado se recuse a cumprir, injustificadamente, as “medidas educativas” – deve ser destacado o questionamento já tratado sobre a possível inadequação desse termo. São elas a admoestação verbal e a multa.

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:

[...]

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

Apesar de ser possível observar alguma semelhança entre a admoestação verbal e a pena do inciso I, *caput*, do art. 28, não devem ser confundidas. A “segunda” admoestação e a possível multa não tem caráter de sanção penal – ou então o legislador teria incorrido em um inaceitável *bis in idem*. As penas restritivas de direitos do Código Penal são aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade, sendo possível a conversão nos casos de

descumprimento das medidas. Por não ser possível a conversão no caso de descumprimento das sanções do artigo 28, o legislador incluiu as duas medidas do §6º somente para garantir a efetividade das penas do *caput*.

A “admoestação verbal” teria também na opinião de Vicente Greco Filho “pouca ou nenhuma eficácia” e não se trata de pena criminal (GRECO, 2009, p.142)

O artigo 30 da Lei trata do importante instituto da prescrição. Por se referir a penas e se submeter às regras do Código Penal para determinar a interrupção dos prazos, será feita a análise do instituto no caso com base na doutrina penal. O mencionado dispositivo, *in verbis*:

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

A prescrição corresponde à perda do *jus puniendi* do Estado pelo seu não exercício em determinado lapso temporal. Tem-se, de acordo com o art. 107, IV, do Código penal, a extinção da punibilidade pela prescrição. Corresponde portanto à “perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado” (PRADO, 2008, p.657). Uma pena muito distante temporalmente do fato perderia suas funções, então o direito estabelece prazo para que o Estado possa exercer seu “direito de punir”, que surge no momento em que o agente pratica a conduta.

Apesar da imprecisão do texto – o Código Penal elenca as causas de interrupção da prescrição apenas no art. 117 – pode-se dizer que sua intenção foi submeter a prescrição daquelas penas ao sistema penal. Estabeleceu então o legislador o prazo de 2 anos para a imposição e execução das penas do art. 28 da Lei 11.343/06.

5. A INFRAÇÃO DE PORTE DE DROGAS NA LEI 11.343/06

Após o estudo dos caracteres da norma penal incriminadora e do ponto de maior controvérsia a respeito do novo tratamento legal do usuário de drogas, é importante que se considere ainda a opinião da doutrina penal e da jurisprudência a respeito do tema. É essencial a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ, passando a seguir para análise de julgados de outras cortes que, a partir de determinado entendimento, tomam decisões que afetam a vida pessoas além do plano exclusivamente teórico.

5.1 A posição doutrinária e considerações gerais

O tipo do *caput* do art. 28 tem uma redação diferente das demais normas penais incriminadoras. Como já se viu, a redação convencional trata de uma conduta a qual se aplica uma sanção. É o binômio conduta-sanção que forma a proibição de que trata a norma penal incriminadora. Mendonça e Carvalho consideram que tal redação é mais um sinal da tentativa do legislador de separar as condutas do usuário e do traficante (2008, p.46). Deve estar presente o elemento “consumo pessoal” para que se fale na tipificação do art. 28, com a investigação pelo magistrado que se atentará, segundo o §2º, “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”. Não se pode considerar que, apesar de fugir a regra geral exposta a respeito da redação, não se trate da estrutura de uma norma penal incriminadora, uma vez que a conduta é objetivamente descrita e a esta se impõe uma sanção que, segundo posição doutrinária majoritária exposta no item anterior, tem natureza penal ainda que não se trate de privação de liberdade.

Para João José Leal, a mudança mais significativa entre o diploma atual de 2006 e o anterior de 1976 foi a opção pela política de rejeição da prisão como punição à conduta daquele que porta drogas para seu consumo. O autor menciona o art. 48, § 2º, da Lei 11.343/06: “não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente”, ou seja, o usuário de drogas em nenhuma hipótese será levado à prisão. Não foi adotada nem a corrente de descriminalização total do porte nem se

manteve a pena de prisão no novo diploma, prevaleceu a opção por uma espécie de *descriminalização branca* (LEAL, 2007). Como a lei não admite o uso da prisão, nem mesmo no caso de reincidência e/ou de não cumprimento das sanções não-detentivas aplicadas pelo juiz, na prática, o usuário acabará excluído do controle penal. Leal escreve que “cremos ser mais razoável o entendimento de que a Lei Antidrogas criou uma nova infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal”, chegando à conclusão de que a Lei 11.343/06 teria criado uma “*infração penal inominada*, punida com novas alternativas penais” (LEAL, 2007). Reforçando sua tese de que não se trata de crime, o autor transcreve o artigo 1º da Lei Antidrogas e seus objetivos de prevenção e reinserção do usuário no convívio social para extrair a correta interpretação do artigo 28. Para o autor: “podemos perceber o compromisso com uma nova proposta de Política Criminal em relação ao consumidor de drogas: prevenção, atenção e reinserção social” (LEAL, 2007). Portanto, J. J. Leal defende a tese de não mais se tratar de crime nem ser uma contravenção penal, mas de uma nova infração penal.

Opinião central entre as que defendem a tese da descriminalização está a de Luiz Flávio Gomes. O professor da Rede de Ensino LFG considera que a Lei 11.343/06 em seu art. 28, na verdade, aboliu o *crime* de porte de drogas para consumo próprio. Porém o jurista afirma que apesar de não ser mais um fato legalmente considerado crime, ainda é um ilícito penal, o que existiu na inovação legislativa foi apenas uma descriminalização “formal”²¹, não tendo sido o fato retirado da esfera do Direito Penal (GOMES, 2006). Gomes tem como base a Lei de Introdução ao Código Penal, que em seu art. 1º estabelece:

Art. 1º 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 (cf. Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro - Dec.-Lei 3.914/41, art. 1º).

O autor se apega ao texto da Lei de Introdução para obter o conceito de crime, partindo desse ponto para construir sua argumentação. Conclui que, se o crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção (com ou sem multa, ou com a multa como medida

²¹ Em seu artigo, o professor LFG cita três espécies de descriminalização: a puramente forma, que retira o caráter criminoso do fato mas o mantém na esfera do Direito penal; a que retira o fato do Direito penal e o transfere para outros ramos do Direito, sendo a chamada descriminalização penal; e a que legaliza totalmente o fato, sendo a chamada “descriminalização substancial ou total”. (GOMES, 2006)

alternativa) e tal pena não é mais cominada para o delito de porte de drogas para consumo pessoal teria ocorrido uma descriminalização “formal”. Não seria ainda uma contravenção penal, pois esta também teria como característica a imposição de prisão simples ou de multa. Não seria a conduta ainda segundo GOMES um ilícito administrativo, pois as sanções cominadas pelo art. 28 são aplicadas por um juiz, não por uma autoridade administrativa. Conclui o autor que, por não ser crime ou contravenção penal, nem ter sido retirada do Direito Penal a conduta teria se tornado uma “infração *sui generis*” (GOMES, 2006). O autor não enfrenta a questão do princípio da legalidade, uma vez que tal espécie de infração penal não está previsto em lei²².

Sérgio Ricardo de Souza, porém, lembra que a Constituição Federal estabelece no artigo 5º, XLVI, a possibilidade de a lei adotar cinco tipos de penas: pena de restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. A Constituição, então, autoriza o legislador infraconstitucional a estabelecer outros tipos de penas que não a de restrição de liberdade e multa mencionadas na Lei de Introdução ao Código Penal (SOUZA, 2007, p.27-28). Aquela Lei de Introdução é relativa ao original do Código Penal de 1940, anterior à reforma da parte geral de 1984²³ e à Constituição Federal de 1988 Cabe lembrar ainda a verdadeira reforma do sistema de penas que se deu com a introdução da Lei 9.714/98, que instituiu as chamadas “penas alternativas”, alterando os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal e instituindo as penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. A Mensagem de Veto²⁴ do mencionado diploma assenta que foi constatada a inadequação do modelo baseado nas penas privativas de liberdade para atender aos seus fins, uma vez que evolução do Direito Penal se deu no sentido de se aplicarem novos métodos de combate ao crime, com novas sanções de natureza alternativa à restritiva de liberdade. Tais sanções, continua a Mensagem, são facultadas ao juiz impor ao condenado como um substitutivo às penas de detenção e de reclusão, desde que atendidos alguns requisitos de natureza subjetiva e em relação ao ilícito praticado. O autor afirma que “o legislador não optou pela descriminalização das condutas a

²² Cabe lembrar que o Brasil, assim como a Alemanha e a Itália, adota a divisão bipartida das infrações penais segundo sua gravidade. São divididos em crimes e contravenções. Alguns sistemas – como o francês – adotam a divisão tripartida (crimes, delitos e contravenções penais) também utilizando como critério a gravidade da infração (PRADO, 2008, p.235-236).

²³ [Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.](#)

²⁴ Mensagem nº 1.447, de 25 de novembro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm Acesso em 04/07/2013.

que se refere o art. 28 sob comento, procedeu a uma despenalização moderada, mantendo o carácter delituoso delas, mas evitando estigmatizar os infratores com imposição de cárcere” (SOUZA, 2007, p.27). Souza fala em “um novo modelo de apenamento” que, embora semelhante às sanções que antes eram alternativas não se caracteriza como descriminalização, mas uma nova opção legislativa a respeito do tratamento dispensado ao usuário de drogas (2007, p.29). Lembra o autor ainda que essa possibilidade de sanção penal moderada é respaldada pela Convenção contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988²⁵ em seu artigo 3, §4º, alínea “d”²⁶, que abre a possibilidade dos países signatários de caracterizar como delito penal as condutas relacionadas à posse de drogas para consumo pessoal, podendo propor ainda medidas de educação, acompanhamento e reabilitação do delinqüente (2007, p.29).

Vicente Greco Filho ao comentar o dispositivo em sua obra *Tóxicos: prevenção-repressão*, afirma que a nova lei Antidrogas não despenalizou nem descriminalizou. O autor considera que não é porque as penas de 2006 não foram previstas pela Lei de Introdução de 1941 que lei posterior de igual hierarquia não possa trazer inovações que estão de acordo com a ordem vigente. As penas são próprias e específicas e estão de acordo com a ordem constitucional de 1988, já que não são de morte, infamante, perpétua ou cruéis. (GRECO FILHO, 2009, p.127-128).

Os autores utilizaram de termos distintos para se referir à mudança de tratamento legal dispensado ao usuário de drogas pela nova lei. Luiz Flávio Gomes chamou de *infração penal sui generis* (GOMES, 2006), uma vez que não se encaixava nos conceitos de crime ou contravenção penal da Lei de Introdução ao Código Penal, não tendo sido contudo retirada da esfera do Direito Penal. João José Leal utiliza o termo *descriminalização branca*, tendo sido criada uma *infração penal inominada* (LEAL, 2007). Terminologia mais acertada para

²⁵ Promulgada pelo [Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991](#).

²⁶ Artigo 3 - Delitos e Sanções – 2 – Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

[...]

4 d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente.

designar o fenômeno, contudo, foi trazida por Cezar Bitencourt, que destaca “que o *porte de drogas para o próprio consumo* não foi descriminalizado, como se chegou a afirmar, pois continua tipificado como infração penal, e no direito positivo brasileiro há somente duas espécies de infrações penais: *crime* e *contravenção penal*” (2011, p.634). O autor usa o termo “*descarcerização da conduta*”, uma vez que houve “o afastamento de qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, mesmo na hipótese de reincidência”. Afirma o autor que, porém, tal fenômeno não pode ser confundido com o da *descriminalização*, muito menos com o da *despenalização* (que, se fosse o caso seria, quando muito, parcial, pois ocorreu apenas o afastamento de pena de prisão). Não se pode falar em despenalização uma vez que foram cominadas as *penas* de advertência, de prestação de serviços comunitários e de frequência a programa ou curso educativo para o agente que porta drogas para consumo pessoal (2011, p.634). Em respeito ao princípio da legalidade penal, o autor lembra que “não sendo crime nem contravenção, não é infração penal ante a ausência absoluta de previsão legal” (BITENCOURT, 2011, p.635).

5.2 A Questão de Ordem do Recurso Extraordinário 430.105/RJ – o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tomou posição a respeito da natureza jurídica de crime da infração de porte de drogas para uso próprio apenas uma vez, no julgamento de Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ. O Ministro Sepúlveda Pertence à época considerou que houve apenas “despenalização” com a adoção de sanção mais branda para a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06. O Ministro em seu voto considerou os argumentos levantados por Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches em seu artigo “Posse de drogas para consumo pessoal” (GOMES, SANCHES. 2006) que sustentam sua tese de que houve descriminalização, tendo agora a infração uma natureza jurídica *sui generis*. Contudo, o Ministro não adotou o mesmo posicionamento, refutando os principais argumentos apresentados. O julgamento da Questão de Ordem resultou na seguinte 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 desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).

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

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.11.3433011.343

(430105 RJ , Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Primeiramente é afastada a tese de incompatibilidade do dispositivo com o conceito de crime apresentado na Lei de Introdução ao Código Penal por não cominar ao usuário pena restritiva de liberdade. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, a distinção do referido texto "se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção". Cumpre ressaltar ainda o inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece as penas que podem ser adotadas pela legislação penal, não sendo esta restrita a cominação de restrição de liberdade. Analisando ainda o procedimento adotado para a imposição das sanções pela violação da norma do artigo 28 da L. 11.343/06, conclui o Ministro no sentido de não ter existido descriminalização da conduta como defende Luiz Flavio Gomes e Rogério Cunha Sanches, mas sim uma ruptura da tradição de imposição de pena restritiva de liberdade para toda infração penal.

De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão para o tipo, das penas privativas de liberdade.

[...]

Assim, malgrado os termos da lei não sejam inequívocos - o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição -, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes.

O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento - antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda sim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, §3º; e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24) - da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como

sanção principal ou substitutiva de toda infração penal. (RE 430.105/RJ Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Estavam também presentes à Sessão de Julgamento os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Os três seguiram a linha de raciocínio do Ministro Relator e concordaram que a alteração legislativa deve ser tida como uma despenalização, não como descriminalização da conduta. Ressaltam os outros Ministros que a lei não conteria palavras inócuas e sem sentido técnico – colocando sob o título “Dos crimes e das penas” conduta que não seria crime -, não sendo razoável presumir a falta de rigor do legislador. Nas palavras do Ministro Carlos Britto, existiria “coerência topográfica”. Apesar de existirem casos em que tal falta de rigor realmente existiu – GOMES e SANCHES enumeram alguns deles - não se pode considerar que o erro e o desconhecimento são a regra da produção legislativa. Como exercício de analogia, deve ser lembrado o fato de, mesmo existindo leis e outros atos normativos inconstitucionais, as normas ainda gozam da presunção de constitucionalidade.

Quanto à possibilidade prevista na Constituição Federal de a legislação penal adotar outras penas que não a privativa de liberdade, o STF não vê na adoção de penas “alternativas” um óbice à classificação da infração em questão como crime, mas sim coloca o dispositivo como estando em sintonia com a disposição do art. 5º XLVI e XLVII²⁷ quanto as penas que podem ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento a ser adotado no caso do artigo 28 é, segundo determinação do Art. 48 §1º da Lei 11.343/06²⁸, o mesmo que o

²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

²⁸ Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

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

dos crimes de menor potencial ofensivo. Os Ministros consideraram ainda tal disposição como outro indicativo da natureza jurídica de crime da referida conduta.

Por fim, os autores concluem que se trata de “infração penal *sui generis*”, o que foi logo de início contrariado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que considera que ainda se trata de crime. Quanto a essa nova “modalidade” de infração penal cabe citar a crítica feita por Cezar Roberto Bitencourt que, invocando o princípio da estrita legalidade do Direito Penal e o modelo bipartido de infração penal o Brasil – o ordenamento pátrio admite apenas a existência de crimes e contravenções -, afirma que “não sendo crime nem contravenção, não é infração penal ante a ausência absoluta de previsão legal” (BITENCOURT, 2011, p. 635).

Em resumo, o STF no julgamento da Questão de Ordem do Recurso Extraordinário 430.635/RJ refutou a tese construída por Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches de que teria ocorrido descriminalização da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06. O Excelso Pretório considerou ao julgar o mencionado Recurso Extraordinário que a conduta de portar drogas para consumo pessoal tipificada no art. 28 continua tendo natureza jurídica de crime.

5.3 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Importante se considerar também a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema ao decidir em casos concretos. Pode-se observar que a Corte Superior segue a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 430.105. O STJ também considerou em sede de HC que o porte de substância entorpecente caracteriza a falta disciplinar grave cometida pelo indivíduo em cumprimento de sentença, acarretando as consequências já assinaladas, como a regressão de regime e a perda de dias remidos.

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

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

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

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

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

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DESPENALIZAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. CRIME. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTERRUPÇÃO DO LAPSO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. Art. 28 da Lei n. 11.343/06. Natureza jurídica da conduta: crime. O Supremo Tribunal Federal afirmou que a despenalização operada pelo aludido diploma legislativo não acarretou a descriminalização do fato, subsistindo a sua feição de crime. RE n. 430105 Qd Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 2. O porte de drogas ilícitas para consumo é crime, logo quem pratica a conduta descrita no tipo, comete falta grave, nos termos do art. 52 da LEP. 3. A Sexta Turma desta Corte Superior firmou o entendimento de que, ante a ausência de previsão legal, o cometimento de falta grave não interrompe o prazo para a progressão de regime 4 Ordem parcialmente concedida, a fim de afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para a progressão de regime, ante a perpetração de falta grave, cabendo ao Juízo da Execução a análise dos demais requisitos objetivos e subjetivos, nos termos do disposto no art. 112 da LEP. (HC 201.083/DF, Relator: Ministro Vasco Delia Giustina (Desembargador Convocado Do Tj/Rs), Sexta Turma, j . 09/08/2011).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PRÁTICA DE NOVO DELITO. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. CONDUTA NÃO DESCRIMINALIZADA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. FALTA GRAVE CONFIGURADA. REGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONSEQUÊNCIA LEGALMENTE PREVISTA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP DECLARADA PELO STF. SÚMULA VINCULANTE N.º 09. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. LEGALIDADE. EXCEÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, AO INDULTO E À COMUTAÇÃO DE PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Apesar de o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não prever penas privativas de liberdade como sanção para a conduta ali descrita, não se pode dizer que o porte de drogas para consumo próprio foi descriminalizado, tendo, na verdade, sido apenas afastada a aplicação da pena privativa de liberdade ao caso.

II. O cometimento pelo apenado de novo crime doloso caracteriza a falta grave, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo.

III. Evidenciado que o acusado se evadiu do estabelecimento prisional, resta configurada a falta grave a ele atribuída pela Corte Estadual, com fulcro no art. 50, inciso II, da Lei de Execução Penal.

IV. O cometimento de falta grave implica em regressão de regime, conforme se infere do art. 118, inciso I c/c art. 50, inciso II, ambos da LEP. Precedentes.

V. Comprovada a falta grave, cabe ao Juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido ou à coisa julgada.

VI. A prática de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição, nos exatos termos do art. 127 da Lei n.º 7.210/84, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o Enunciado da Súmula Vinculante n.º 09.

VII. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte é orientada no sentido de que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios que dependam de lapso de tempo no desconto de pena, salvo o livramento condicional, nos termos da Súmula nº 441/STJ, o indulto e a comutação de pena.

VIII. Deve ser parcialmente cassado o acórdão atacado, a fim de que a prática de falta grave implique em reinício da contagem do prazo apenas para a concessão de progressão de regime, excetuando-se o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena.

IX. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator. (HC 177012 RS 2010/0114307-3, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento 16/06/2011, QUINTA TURMA, Publicação DJe 01/07/2011)

Ainda, a Corte Superior considera inaplicável aos casos de porte de drogas para consumo pessoal o princípio da insignificância. Por tal princípio, tem-se que a ínfima lesão a bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena e, nesses casos, deve ser excluída a tipicidade (PRADO, 2008, p.146). Não se aplica o princípio da insignificância por ser justamente a ínfima quantidade de substância proibida a característica do tipo penal, caso fosse maior a quantidade apreendida com o agente a figura típica seguramente seria outra. Ainda, a Corte ressalta que o delito de porte de drogas para consumo pessoal é um delito de perigo abstrato, ou seja, o perigo que representa a conduta para o bem tutelado – no caso da Lei Antidrogas considera-se majoritariamente como sendo a saúde pública – constitui o motivo de ter se criado determinada figura típica (PRADO, 2010, p. 132-133). Nos delitos de perigo abstrato, prossegue REGIS PRADO, não se exige que o perigo inerente à ação seja comprovado (2010, p.133), o legislador em tais casos não prevê um resultado. Seguem os julgados, *in verbis*:

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

1. Esta Corte possui o entendimento de que "a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), não afasta a tipicidade da conduta" (HC n. 158.955/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 30/5/2011).
2. A posse de drogas para uso próprio, no estabelecimento prisional, configura falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal, haja vista a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questão de ordem suscitada nos autos do RE n. 430.105 QO/RJ.
3. O cometimento de falta grave no curso da execução penal não implica a interrupção do cômputo do tempo para a concessão de benefícios, incluindo a progressão de regime, sob pena de violação do princípio da legalidade. Precedentes da Sexta Turma.
4. A prática de falta grave impõe a perda de dias remidos.
5. A partir da vigência da Lei n. 12.433, de 29/6/2011, que alterou o disposto no art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda de dias remidos está limitada a 1/3 do total.
6. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente.
7. Cabe ao Juízo da execução, considerando "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal, aferir o quantum da penalidade.

8. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para afastar a interrupção do cômputo do tempo para a concessão de benefícios inerentes à execução penal, ante o cometimento de falta grave pelo paciente. Ordem concedida de ofício, a fim de determinar que o Juízo da execução proceda à nova análise da perda de dias remidos com base na atual redação do art. 127 da Lei de Execução Penal. (HC 171655/SP, Rel. Ministro SEBASTIAO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 17/11/2011)

HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NAO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o paciente - 2,3 g (dois gramas e três decigramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio.
 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.
 3. Ordem denegada.
- (HC 181486/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 05/10/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. RÉU REVEL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inexiste ilegalidade na falta de oferecimento do benefício de transação penal quando o indiciado não é encontrado para a audiência preliminar e, regularmente intimado, deixa de comparecer à audiência de instrução e julgamento, inviabilizando a proposta dos benefícios da Lei 9.099/95.
 2. Inaplicável o Princípio da Insignificância ao delito de uso de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes desta Corte de do Supremo Tribunal Federal.
 3. Recurso desprovido.
- (RHC 22.372/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010).

Em resumo, o Superior Tribunal de Justiça em suas decisões adota o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao considerar que a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06 tem natureza jurídica de crime de perigo abstrato, sendo inaplicável o princípio da insignificância.

5.4 Das consequências práticas da natureza jurídica de crime – o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo

Como já foi mencionado, a discussão a respeito da natureza jurídica do porte e drogas para consumo pessoal da nova Lei Antidrogas não é uma questão puramente acadêmica. Além do que já foi exposto a respeito das medidas/penas aplicáveis ao agente que pratica a conduta, devem ter destaque ainda outras consequências impostas ao agente que vão além daquelas do artigo 28. No presente capítulo serão analisados alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que trataram do tema. Na primeira parte, alguns julgados durante processos de execução criminal nos quais se discutia o cometimento de falta grave pelo condenado e suas consequências no decorrer do processo de cumprimento de sentença. Na segunda parte, a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso ao condenado por ser este reincidente em crime doloso, sendo nos casos apresentados o delito anterior justamente o de porte de drogas para consumo pessoal.

A partir da leitura da Ementa dos julgados a seguir apresentados é possível que se conclua que as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça paulista tendem a adotar determinada posição a respeito da controvérsia exposta no presente trabalho.

5.4.1 Cometimento de falta grave em execução penal

Serão primeiramente tratados acórdãos a respeito do cometimento de falta grave por parte do sentenciado durante o cumprimento de pena. A falta disciplinar grave dos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execuções Penais tem diversas consequências ao condenado, como a revogação do trabalho externo²⁹, a regressão para um regime de cumprimento de pena mais

²⁹ Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

gravoso³⁰, a revogação automática do benefício da saída temporária³¹, a perda de dias remidos³² e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade³³.

Os primeiros julgados são do ano de 2011 e são referentes ao questionamento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da caracterização da falta grave de portar drogas para consumo pessoal uma vez que, segundo a tese da defesa, teria ocorrido *abolitio criminis* a partir do novo diploma legal.

EXECUÇÃO PENAL. Falta grave. Posse de drogas para uso próprio. Caracterização. Abolitio criminis. Inocorrência. O porte de drogas para uso próprio não deixou de ser crime, eis que a Lei nº 11.343, de 2006, só passou a tratar de maneira diferente esta conduta, antes tipificada pela Lei nº 6.368, de 1976, logo, fatos que se subsumam à descrição abstrata do art. 28 da Lei Antidrogas configuram falta grave, sendo improcedente, pois, a alegação de abolitio criminis. (EP 426975620118260000 SP 0042697-56.2011.8.26.0000, Relator: João Morenghi, Julgamento 19/10/2011, 12ª Câmara de Direito Criminal, Publicação 04/11/2011)

Agravo em execução. Excesso de execução. Anotação de falta grave. Exigências probatórias menos rigorosas no procedimento administrativo. Posse de entorpecente para uso próprio. Crime tipificado. Inexistência de excesso de execução ou desproporcionalidade na anotação da falta grave. Recurso desprovido. (EP 1419943620118260000 SP 0141994-36.2011.8.26.0000, Relator Francisco Bruno, Julgamento: 20/10/2011, 9ª Câmara de Direito Criminal, Publicação: 22/10/2011)

No julgamento do recurso, o Tribunal refutou a tese apresentada pela defesa que defendia ter ocorrido *abolitio criminis*. Lembra o relator que a Lei 11.343/06 só passou a tratar a conduta de porte de drogas para consumo pessoal de maneira diferente, considerando que ainda se trata de crime e, como tal, caracterizaria a falta grave.

Agravo em Execução. Falta grave caracterizada. Posse de entorpecente para consumo pessoal que constitui crime. Artigo 52 da LEP. Perda do período já adquirido para a obtenção de benefícios. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Analogia 'in malam partem'. Ofensa ao direito adquirido. Súmula 441 do STJ. Falta grave consistente em crime doloso de menor potencial ofensivo. Perda de 1/6

³⁰ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

³¹ Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

³² Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

³³ Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

[...]

d) praticar falta grave;

dos dias remidos. Agravo provido em parte. (EP 1811534920128260000 SP 0181153-49.2012.8.26.0000, Relator: Marco Nahum, Julgamento: 05/11/2012, 1ª Câmara de Direito Criminal, Publicação: 09/11/2012)

No terceiro acórdão, é imposta ao condenado a perda dos dias remidos pelo cometimento da falta disciplinar de natureza grave como prevê o art. 127 da Lei de Execuções Penais. Mais uma vez, o Tribunal adota, para tomar a decisão no caso concreto, determinada posição a respeito da natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06 no sentido de não ter ocorrido a descriminalização.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Procedimento Administrativo Disciplinar Falta Grave Porte de Substância Entorpecente e Numerário - Requer o restabelecimento do regime semiaberto ante a ausência de sentença penal condenatória Desnecessidade Para a regressão do sentenciado, o art. 118, I, da LEP não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e sequer exige que o novo fato constitua crime, bastando tratar-se de falta grave. Ademais, há independência entre as esferas penal e administrativa, conforme dispõe o artigo 52, da LEP. Sustenta, ainda, que o crime de uso de drogas foi despenalizado, a impedir a caracterização da falta grave INADMISSIBILIDADE - Não houve a despenalização nem descriminalização do porte de substância entorpecente que continua sendo crime a configurar a falta grave. Recurso improvido. (EP 2386046620118260000 SP 0238604-66.2011.8.26.0000, Relator: Paulo Rossi, Julgamento: 27/02/2012, 2ª Câmara de Direito Criminal, Publicação: 29/02/2012)

Ainda, outra possível consequência imposta ao indivíduo que porta drogas para consumo pessoal durante o período em que cumpre sentença é a regressão para regime de cumprimento de pena mais gravoso, uma vez que “não houve a despenalização nem descriminalização do porte de substância entorpecente que continua sendo crime a configurar a falta grave”.

5.4.2 Reincidência

Uma outra consequência da condenação criminal é a perda da primariedade, gerando segundo o Código Penal efeitos a reincidência³⁴ no caso de uma nova condenação. O condenado tido como reincidente está sujeito a uma série de gravames segundo o Código Penal, como o inicial cumprimento da pena em regime fechado³⁵, a vedação relativa à

³⁴ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

³⁵ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

substituição da pena restritiva de liberdade por uma restritiva de direitos³⁶, a não suspensão da execução da pena³⁷ e a necessidade de decurso de prazo maior para a concessão de livramento condicional³⁸. O Tribunal de Justiça de São Paulo considera, seguindo o entendimento já analisado do Supremo Tribunal Federal que a posse de substância entorpecente para consumo pessoal não foi descriminalizada pela Lei 11.343/06, devendo ser considerada para fins de reincidência. *In verbis*:

PENA Desconsideração da condenação por posse de drogas para consumo pessoal para fim de reconhecimento da reincidência Inadmissibilidade Art. 28 e incisos, da Lei nº 11.343/2006 Entendimento. A posse de substância entorpecente para consumo pessoal, mesmo com o advento da Lei nº 11.343/06, caracteriza fato típico, estando inserida no capítulo dos crimes e das penas, não se tratando de conduta descriminalizada, devendo ser considerada para fim de reconhecimento da reincidência. (APL 237885820098260477 SP 0023788-58.2009.8.26.0477, Relator: Renê Ricupero, Julgamento: 14/07/2011, 13ª Câmara de Direito Criminal, Publicação: 19/07/2011)

No segundo julgado a ser analisado, o Ministério Público apelou de decisão que condenou réu por roubo qualificado, pedindo que, em razão da reincidência, este iniciasse o cumprimento da pena já no regime fechado. A reincidência se configurou por já ter sido o réu condenado por porte de drogas para consumo pessoal. Portanto, segundo o Código Penal, o regime inicial de condenado reincidente deve ser o fechado. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso ministerial e provimento parcial ao recurso da defesa, acolhendo uma de suas teses. Segue o acórdão, *in verbis*:

-
- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
 - b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
 - c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

³⁶ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

[...]

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

[...]

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

³⁷ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

³⁸ Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

APELAÇÃO CRIMINAL Roubo qualificado pelo concurso de agentes (Artigo 157, § 2º, inciso II do Código Penal)- RECURSO DA DEFESA Insuficiência de Provas Materialidade e autoria bem comprovadas Condenação mantida. TENTATIVA reconhecimento Possibilidade Agentes que não tiveram a posse mansa e tranqüila da 'res furtiva' Delito não consumado. PENA Reincidência configurada A Lei n. 11.343/03 não descriminalizou a conduta de quem traz consigo droga para consumo pessoal. RECURSO MINISTERIAL presente a reincidência, diante do disposto no artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, qualquer que seja a pena de reclusão, impõe-se o regime fechado. Provimento ao recurso ministerial, provido parcialmente os da Defesa. (APL 216355420108260562 SP 0021635-54.2010.8.26.0562, Relator: Paulo Rossi, Julgamento: 05/12/2011, 2ª Câmara de Direito Criminal, Publicação 09/12/2011)

Pelos acórdãos apresentados, pode-se concluir que a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo se alinha àquela do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, considerando que não houve descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. A posição adotada, como foi dito, não tem implicações meramente acadêmicas, uma vez que impôs aos réus situações mais gravosas que se o fato não fosse considerado crime. No caso dos réus que tiveram reconhecida a falta grave pelo cometimento de crime doloso foram impostas sanções durante o cumprimento de pena e, no acórdão sobre reincidência, foi imposto ao condenado o regime inicial de cumprimento de sentença mais gravoso por não ser mais réu primário após condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/06.

6. A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

Apesar de não ser objeto do presente estudo, que se dedica a analisar a natureza da conduta no ordenamento jurídico brasileiro – em especial no que diz respeito às penas/medidas impostas ao agente – vale destacar o RE 635.659/SP. Questiona-se a constitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no ano de 2011, Repercussão Geral³⁹ no Recurso Extraordinário 635.659/SP conforme noticiado pelo informativo jurídico Migalhas em 23/12/2011⁴⁰. O recurso interposto pela Defensoria Pública Estadual questiona a constitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas, uma vez que a conduta diria respeito apenas à própria pessoa, estando em tese protegida pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Por ser necessário para a caracterização daquele tipo penal que a conduta não ultrapasse a esfera particular estaria sendo ofendido, além da proteção à intimidade e à vida privada, o princípio da lesividade. Segue, *in verbis*, o acórdão do Plenário Virtual⁴¹ que reconheceu a Repercussão Geral no mencionado Recurso Extraordinário:

REPERCUSSÃO GERAL NO RE 635.659/SP

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Neste recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153).

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal.

Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

³⁹ Alexandre de Moraes lembra que, nos termos da EC nº 45/04, o recorrente em sede de RE deve demonstrar a repercussão das questões constitucionais trazidas no caso para que o Tribunal analise a admissibilidade do recurso. Somente estará presente a repercussão geral quando houver interesse que ultrapasse o das partes, devendo ser a questão relevante para toda a sociedade (MORAES, 2008, p.559).

⁴⁰ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI147255,81042-Porte+de+droga+para+consumo+proprio+e+tema+de+repercussao+geral> Acesso em 03/07/2013.

⁴¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3840675&tip=manifestacao> Acesso em 03/07/2013.

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

O mencionado Recurso Extraordinário ainda aguarda julgamento, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes. Por todo o exposto no decorrer do trabalho e por ser inegável o interesse da sociedade em geral na questão a presença de repercussão geral no mencionado recurso é evidente.

Roberto Soares Garcia em seu artigo “A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas” publicado no Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) em outubro de 2012 lembra que, no julgamento, tão somente será demonstrado que o art. 28 da Lei Antidrogas ataca a Constituição, pois sua tipicidade violaria o inciso X do art. 5.º da Carta⁴², constituindo também violação ao princípio da lesividade penal. Conclui o autor perante o dispositivo constitucional supostamente violado que a liberdade do indivíduo, sendo este senhor de sua consciência, é absoluta quando exercida em sua intimidade, ou seja, quando não atinge terceiros. Portanto, em decorrência da proibição constitucional imposta ao Estado, este tem o dever de não praticar ingerências na vida privada dos indivíduos, sendo inconstitucionais tais intromissões. Para o autor, a inconstitucionalidade perante a inviolabilidade da intimidade e vida privada é “flagrante” (GARCIA, 2012). Comparando o delito de porte de drogas para consumo pessoal com outros fatos, o autor lembra ainda que o nosso ordenamento jurídico não criminaliza “tentativa de suicídio ou de autolesão corporal”, concluindo que “a previsão de crime cuja conduta tipificada não extravase a vida privada do agente”. Reforça a tese do autor a constatação que, caso a conduta do agente extravase a esfera pessoal, não mais se fala no art. 28, tendo a conduta outra possível tipificação (GARCIA, 2012).

Digno de nota ainda são os comentários de Sérgio Ricardo de Souza, que lembra que, embora a opção do legislador – sendo em sua visão uma postura proibicionista – “arranhe” os princípios da intervenção mínima e o da proporcionalidade, não houve excessos, mas sim apenas uma opção criticável (2007, p.30). Na opinião do autor, o legislador teria entrado, contudo, no caminho da descriminalização ao abolir a pena carcerária e facilitando com isso o

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

debate sobre a inutilidade de sancionar tais condutas (relacionadas ao consumo pessoal), pois estaria sujeitas a penas que dificilmente atenderiam às funções de prevenção geral e especial por inexistirem programas aptos a viabilizar aquelas “penas educativas” (SOUZA, 2007, p.30). Discordando da tese apresentada por Garcia de que a conduta apenas diria respeito à intimidade do usuário, Mendonça e Carvalho escrevem que “o ser humano não é uma ilha” e não se pode perder de vista os prejuízos que um dependente de tóxicos pode causar em qualquer estrutura familiar (MENDONÇA; CARVALHO. 2008, p.52). No mesmo sentido, Greco Filho escreve que o usuário “coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos (2009, p.133). São diversas as questões que deverão ser enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal para julgar adequadamente a questão.

7. CONCLUSÃO

7.1 Considerações ponto a ponto

7.1.1 Penas

Apesar de ser o ponto de maior relevância na controvérsia, a pesquisa fundamentada em alguns dos principais autores do direito penal mostra que tais penas cumprem a função preventiva que deve ter as sanções de natureza penal, limitadas ainda pela culpabilidade do agente daquela conduta. O legislador cuidou ainda da prescrição, relacionando ainda as penas do art. 28 à sistemática do Código Penal no que diz respeito ao instituto.

7.1.2 Ordem Constitucional e Lei de Introdução ao Código Penal

Apesar de não serem previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, não há fundamentação suficiente para afirmar estarem fora da sistemática penal as sanções adotadas pelo art. 28 da Lei Antidrogas. Como explicitado em item próprio, aquelas penas estão de acordo com a Ordem Constitucional vigente, dentro dos parâmetros dos incisos XLVI e XLVII do art. 5º da CF/88. Estão também de acordo com a Parte Geral do Código Penal trazida pela reforma 1984. Por estarem de acordo com as funções das penas, limitadas pela culpabilidade do agente que comete a infração, pode-se dizer que são sanções de natureza penal.

7.1.3 Processos de descriminalização

Para concluir a respeito de ter ocorrido ou não a descriminalização cabe trazer os conceitos de descriminalização e despenalização apresentados por Raúl Cervini. O autor lembra que o que predomina nos países centrais europeus é a tendência à despenalização e à descriminalização, deixando de lado as posições críticas ultradireitistas do “novo realismo criminológico” que considera que os substitutivos penais não servem de nada além de instigar novos delitos (CERVINI, 2002, p.81). Apesar de não se encontrar um conceito unívoco de descriminalização, seria o termo sinônimo da retirada de certas condutas do âmbito do Direito Penal, podendo se dar de três formas. (2002, p.81-82). A primeira é a descriminalização formal, sinalizando o total reconhecimento legal e social, significando a eliminação de toda a ilicitude. A segunda é a chamada descriminalização substitutiva, nas quais as sanções penais são substituídas por medidas de outra natureza, por ter a criminalização um custo social

inaceitavelmente alto – podendo ser mencionada a transformação de uma infração penal para uma administrativa. Existe ainda a descriminalização de fato, no qual o ilícito permanece intacto formalmente, mas o sistema penal não mais se movimenta e não há aplicação de nenhuma pena (2002, p.82-83). O conceito de despenalização é apresentado mais à frente, como sendo “o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal” (2002, p.85).

7.1.4 Da conclusão final

Pelo exposto, a opinião que mais se aproxima da conclusão do presente trabalho foi a de Vicente Greco Filho (2009, p.127-128) e a de César Roberto Bitencourt (2011, p.634), ambas mencionadas no item 5. Greco filho afirma em letras capitais não ter ocorrido nem descriminalização nem despenalização, sendo seu raciocínio complementado por Bitencourt no sentido de que não se pode falar numa nova espécie de infração penal como defendem outros autores (GOMES, 2006; LEAL, 2007). Ambos consideram as “medidas” impostas ao agente como sendo penas, sanções de natureza criminal. Pelos estudos expostos no item 4 do presente trabalho, não se sustenta a tese de que tais medidas são de outra natureza. Os comentários de René Ariel Dotti a respeito daquelas penas não deixam dúvida quanto a sua natureza. Ainda, a teoria geral das penas e os estudos de Battaglini, Beccaria, Goulart, Regis Prado e Francisco Toledo formam a fundamental base teórica para os comentários que se seguem a respeito das medidas do art. 28 em espécie, sendo a conclusão que se extrai daquele item é que se tratam de sanções de natureza criminal.

Seguindo a posição do Supremo Tribunal Federal – que se reflete nas decisões do STJ e do TJ nos julgados analisados – e a partir de todo o exposto, é possível concluir que a infração de porte de drogas para consumo pessoal tem para a jurisprudência atual natureza jurídica de crime, com as consequências já expostas que decorrem desse fato.

Apesar do art. 28 da Lei 11.343/06 ter sua constitucionalidade questionada no RE 635.659/SP, não se pode dizer que um julgamento favorável à tese da inconstitucionalidade tenha o condão de derrubar o presente trabalho. O STF responderá, pelo julgamento do mencionado RE a questão “deve ser crime a conduta de porte de drogas para consumo pessoal?”, enquanto a questão que motivou o trabalho foi “a conduta de porte de drogas para consumo pessoal é crime?”.

A conclusão, portanto, após o exposto não poderia ser outra. Adotando a conceituação apresentada por Cervini, em que pese a opinião de Greco Filho, conclui-se que a tese mais acertada é a de que houve despenalização, entendida como a diminuição da pena cominada a uma infração penal sem que ocorra a descriminalização. Adota o legislador uma nova postura perante o usuário de drogas, com uma abordagem mais preventiva e ressocializadora aliada à descarcerização. As novas penas representam uma evolução perante a Lei de Introdução do Código Penal, editada na distante década de 1940, num cenário político e social bastante distinto do atual. As sanções estão plenamente de acordo com a ordem constitucional, dentro do permitido e fora do proibido nos incisos XLVI e XLVII. Quanto a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06 não resta mais dúvida na presente conclusão em se tratar de crime, com todas as consequências que de tal fato podem advir. A questão a respeito da natureza da proibição foi, dentro do possível, esclarecida. Porém, a questão que ainda permanece em aberto no tocante à constitucionalidade da proibição será, ao que tudo indica, ponderada e ao final decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale: Parte Generale*. 3 ed. rev. atual. aument. Padova: CEDAM, 1949.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas/Cesare Beccaria*; tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Novas penas alternativas. Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema penal*. Curitiba: Editora Littero-Técnica, 1980.
- FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal - Parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Ed. Especial, p. 06-08, out., 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 31 out. 2006. Acesso em: 10 jan. 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez. 2006. Acesso em 10 jan. 2013.
- GOULART, Henny. *Penologia I*. São Paulo: Editora Brasileira de Direito LTDA.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção, repressão (Comentários à Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976)*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Tóxicos: prevenção, repressão. Comentários à Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, v.1. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LEAL, João José. *Política Criminal e a Lei nº 11.334/2006: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoal de Drogas?* Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18 de maio de 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini, FABBRINI, Renato N.. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts 1º a 120 do CP*. 24ª ed rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal 1º volume (Introdução e Parte Geral)* 1. São Paulo: Saraiva, 1959.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts 1º a 120* v1. 8ª ed rev, atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de direito penal brasileiro, parte especial: arts 121 a 249* v2. 8ª ed rev, atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

RIBEIRO, M. M. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Traducción de la 2 ed alemana. Madrid: Civitas, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *A nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006). Comentários e Jurisprudência*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

Legislação

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal

BRASIL, Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

BRASIL, Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.