

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO**

CHRISTINE NUNES PEDRO

**INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI ANTIDROGAS EM
RELAÇÃO AO USUÁRIO**

Juiz de Fora

2011

CHRISTINE NUNES PEDRO

**INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI ANTIDROGAS EM
RELAÇÃO AO USUÁRIO**

Monografia apresentada à diretoria do curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito sob orientação do Professor Hermes Machado da Fonseca

JUIZ DE FORA

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARISTINE NUNES PEDRO

Aluno

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LET ANTIDROGAS EM
RELACAO AO USUÁRIO.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

Sandra Bara

Luciana de Oliveira Zimmermann

Aprovada em 18/06/2011.

DEDICATÓRIA

“Dedico a conclusão desta etapa a todos os professores e colegas da UNIPAC, que direta ou indiretamente contribuíram para esta realização. E a toda minha família.”

AGRADECIMENTO

“Agradeço a Deus em primeiro lugar, pelo dom e a capacidade de poder concluir essa etapa, e a todos que dela participaram.”

RESUMO

A promulgação da nova lei antidrogas, lei 11.343/06, veio para adequar aos moldes inseridos pela sociedade atual e revogar demais diplomas legais sobre o tema, pois já havia ocorrido tentativa falha de modificar a lei de tóxico nº 6.368/76 pela lei nº 10.409/02, onde estava vigorando a parte penal da lei nº 6.368/76, e a parte processual da lei nº 10.409/02.

A lei atual trouxe varias modificações em relação ao usuário de drogas, diferenciando o traficante do mero usuário, inserindo no dispositivo vigente os tipos transportar e ter em depósito; e foram retiradas as penas privativas de liberdade para o usuário, passando a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, tanto de tratamento como de reinserção ao convívio social, ocorrendo uma *novatio legis in melius*, visto que a lei nova se mostra muito mais benéfica do que a anterior, retroagindo assim plenamente a todos, mesmo os que se encontram em fase de inquérito ate mesmo aos condenados; tipificou ainda conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, ou seja, passa a pena, ser muito mais branda para o usuário, tratando-o como um doente.

Em torno dessas modificações surgem polêmicas em relação à intenção do legislador em descriminalizar tal conduta, o que será demonstrado no presente trabalho, tendo com pressuposto que essa não é a posição expressada pelo legislador, este apenas quis distanciar o mero usuário e dependente dos traficantes, tratando-lhes como um doente, penalizando com maior rigor aqueles que praticam condutas mais gravosas.

Palavras- chaves: Drogas – nova lei de Drogas – Posse de droga para consumo pessoal- modificações – descriminalização.

ABSTRACT

The promulgation of the new drug law, Law 11.343/06, came to fit the mold inserted by the current society and repeal other statutes on the subject, as had occurred failed attempt to amend the law No. 6.368/76 of toxic by Law No. 10,409 / 02, which was in effect part of the Criminal Law No. 6.368/76 and the procedural part of Law No. 10.409/02. The current law has brought many changes in relation to the drug user, dealer differentiating the user simply by inserting the device types current transport and holding in storage, and were removed from the deprivation of freedom for the user to predict the passing of sentences warning services to the community and educational measure, both treatment and rehabilitation to social life, occurring in a legislative novatio Melius, since the new law proves much more beneficial than the previous one, thus fully retroactive to all, even those who are under investigation even the damned; typified still conduct of one who, for personal use, sow, cultivate and harvest plants for the preparation of small amounts of the substance or product capable of causing physical or psychological dependence, ie goes off, be very relaxed for the user, treating it as a patient. Around these modifications controversies arise regarding the intent of the legislature to decriminalize such conduct, which will be demonstrated in this study, and with the assumption that this is not the position expressed by the legislature, this just simply wanted to distance the user and addict of traffickers, treating them as a patient, more strictly penalize those who do more serious behaviors.

Keywords: Drugs - New Drug Law - Possession of drugs for personal-modifications - decriminalization.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	9
1.PRERROGATIVAS DA LEI 11.343/06:	10
1.1. “ <i>Novation Legis in Mellius</i> ”	10
1.2. Norma penal em branco:	12
2. O USUÁRIO E DEPENDENTE SEGUNDO O ARTIGO 28 DA NOVA LEI	14
2.1 Da despenalização da conduta do usuário e dependentes de drogas – “ <i>Abolition Criminis</i> ”?.....	16
2.2 As penas impostas aos usuários e dependentes- art. 28 da Lei 11.343/06	17
2.3 Medidas de repressão ao tráfico.....	20
2.4- O procedimento criminal dos usuários e dependentes de drogas:	20
3. USUÁRIO X TRAFICANTE – DIFERENCIAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.343/06	22
3.1 Das relevantes modificações trazidas pelo art. 33 da nova lei antidrogas.....	23
3.2 Em relação ao tráfico	24
CONCLUSÃO	26
BIBLIOGRAFIA	27

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, por ser considerado um tema atual, de acontecimento freqüente e que enseja varias críticas, visa analisar as principais modificações trazidas pela nova lei antidrogas, a lei 11.343/06, em relação ao usuário de drogas, e tratar sobre a discussão de que o legislador teve a intenção de descriminalizar a conduta do consumo pessoal de drogas.

Assim, ao analisar as alterações pertinentes, é possível perceber que se trata de uma *novatio legis in melius*, pois que a lei nova se mostra muito mais benéfica do que a anterior, uma vez, que esta não prevê mais pena privativa de liberdade para a conduta do uso, art. 28 da nova lei antidrogas e traz varias inovações positivas e negativas a respeito, tratando-o como um doente.

Cabe dizer, também, que trata-se de uma norma penal em branco, esta depende de um complemento, que no caso é dado pela ANVISA, para identificar quais são as substancias são consideradas como drogas, o artigo 28 é um artigo incompleto.

Em torno das modificações trazidas na nova lei surge à polêmica em relação à intenção do legislador em descriminalizar tal conduta, esse trabalho parte do pressuposto que essa não é a posição expressada pelo legislador, este apenas quis distanciar o mero usuário e dependente dos traficantes, pois muitas vezes a prisão contribui ainda mais para o seu ingresso a criminalidade, prevendo para eles tratamentos adequados, medidas sócio educativas, que dê maiores informações sobre os problemas da pratica de sua conduta, havendo uma modificação na natureza das penas impostas a eles, não a descriminalização de suas condutas

O legislador modifica as penas impostas, também, para o traficante, trazendo pontos positivos e negativos, visando incriminar com maior rigor aqueles que praticam condutas mais gravosas, com o intuito de combater o tráfico no topo.

1.PRERROGATIVAS DA LEI 11.343/06:

A lei nº 11.343/06, a nova lei antidrogas, revogou os demais diplomas legais sobre o tema, visando adequar-se a nova realidade da sociedade atual, visto que o Brasil se encontra em uma situação aonde as organizações criminosas vêm dominando e envolvendo de forma ampla todo o território nacional, englobando as favelas e morros, empresas e até mesmo os poderes da República, como forma de lavagem de dinheiro, comércio ilegal e o tráfico de entorpecentes.

A nova lei antidrogas vem trazendo diversas modificações no campo penal, processual penal e na execução de suas penas, trazendo medidas de prevenção para as condutas nela descritas, medidas de repressão ao tráfico, medidas de reinserção social de usuários e dependentes de drogas, instituindo, assim o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), dentre outras modificações.

1.1. “*Novation Legis in Mellius*”

A nova lei diferenciou o mero usuário do traficante, modificou suas penas, prevendo para o mero usuário penas de advertências, prestações de serviços à comunidade e medidas educativas, tanto de tratamento como de reinserção ao convívio social, trouxe inovações positivas e negativas em relação aos réus.

Devido a estas inovações positivas pode se dizer que ocorreu uma “*novatio legis in melius*”, ou seja, a lei atual, se mostra mais benéfica ao réu/condenado, melhorando, de qualquer forma, a sua situação, retroagindo a qualquer tempo, a todos, independente da sua situação, nas questões benéficas, seguindo o entendimento que consiste no que dispõe o princípio penal da irretroatividade, previsto no art. 5º, XL, CF, onde “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” concomitantemente com o art. 2º, § único do Código Penal, que diz: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.E como também é demonstrado no entendimento de Rogério Greco, (Curso de Direito Penal Parte Geral, Niterói, Impetus, 2007, p 110):

A *novatio legis in melius* será sempre retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado. Se, por exemplo, surgir uma lei nova reduzindo a pena mínima de determinada infração penal, deve aquela que foi aplicada ao agente ser reduzida a fim de atender aos novos limites, mesmo que a sentença que o condenado já tenha transitado em julgado. (ROGÉRIO GRECO, Curso de Direito Penal Parte Geral, Niterói, Impetus, 2007, p 110.)

Na mesma linha de raciocínio temos a opinião de Guilherme de Souza Nucci (Leis penais... p. 336) quando diz:

Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Por tanto, entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no art. 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente liberados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da lei 11.343/06.

Há uma discussão em torno da análise do artigo 33 da lei nº11.343/06, onde pode se concluir que houve um aumento na pena imposta aos envolvidos no tráfico ilícito de drogas e do rol de práticas criminosas, ou seja, uma *lex gravior*, com o objetivo de reprimir tal conduta. Porém, trouxe também causas de diminuição, conforme seu §4º, é onde se encontra a polêmica do assunto em questão, pois mesmo com todas as justificativas já mencionadas há ainda doutrinadores que afirma não poder aplicar apenas uma parte da lei nova, a benéfica, a fatos pretéritos, visto que esta dispõe de pena maior que a prevista anteriormente, não sendo possível a combinação das leis. No entanto, como já exposto, se trata de uma aplicação de princípios básicos já consagrados no Direito Penal e por mais que a lei, a doutrina e a jurisprudência sejam omissas quanto à aplicabilidade retroativa, ou não, desde artigo, o STF decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 13 mar. 1992, p. 2925). Então, podemos concluir ainda, com o entendimento, o autor Rogério Greco (Curso de Direito Penal, P. 115):

Fala-se em combinação de leis quando, a fim de atender aos princípios da ultratividade e da retroatividade in melius, ao julgador é conferida a possibilidade de extrair de dois diplomas os dispositivos que atendam aos interesses do agente, desprezando aqueles outros que o prejudiquem.

Após a conclusão de que a lei 11.343/06 retroage a fatos pretéritos nos aspectos benéficos, tem se que o juízo competente para essa apreciação, é o juízo da execução, conforme Súmula 611 do STF, que diz que: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

Conclui-se então que em se tratando de benefícios ao réu, independentemente de já condenado, em fase de execução ou não, a lei nova retroagirá, ficando a cargo do juízo da execução aplicá-la.

1.2. Norma penal em branco:

De acordo com o Direito Penal Brasileiro norma penal em branco é aquela que precisa de uma complementação para ser compreendida, ou seja, ela descreve a conduta proibida, mas não todas as descrições incriminadoras, requerendo sempre um complemento de outro dispositivo, leis, decretos, regulamentos ou outro tipo de dispositivo, que o limita e/ou lhe dê os seus efeitos, o preceito primário é dado como incompleto, ou seja, sem tal complemento não tem como o dispositivo ser compreendido, é considerado carente de aplicação por si só.

A norma penal em branco é dividida em dois grupos, ou seja, os grupos das normas penais em branco homogêneas ou em sentido lato, que são aquelas que possuem complemento dado pela mesma fonte que editou a norma em questão, a qual necessita de complemento, que é o caso, por exemplo do art. 237, CP; e as normas penais em branco heterogêneas ou em sentido estrito, as quais possuem complemento de fonte diversa daquela que a editou, tem-se então o art.28 da lei 11343/06. Para distingui-las é necessário conhecer sempre o dispositivo que enseja seu complemento.

A norma penal em branco é de grande importância, pois, de fato, matem o preceito básico disposto, e o adapta as novas realidades sem que ocorra a sua modificação, ou seja, modifica-se apenas o complemento, que geralmente sujeita-se a procedimento mais simplificado de modificação.

Ao conceituar drogas temos que esta seria as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, porém tal conceito é vago, visto que várias substâncias podem causar dependências e essas não estão descritas no dispositivo da lei antidrogas.

Assim, a lei 11.343/06 é considerada uma norma penal em branco heterogênea, ou em sentido estrito, pois, por exemplo, para enquadrar o agente no disposto no art. 28 é necessária a análise de um complemento informando quais seriam os entorpecentes considerados como drogas, complemento este que nos informa qual o âmbito de sua aplicação.

Assim descreve Guilherme de Souza Nucci (Leis penais...pag. 334):

[...] consideram a lei antidrogas uma norma em branco, pois esta depende de norma específica do órgão governamental, vinculado ao Ministério da Saúde, ANVISA, art. 66 da lei, a qual descreve quais elementos são considerados como droga.

O complemento desta lei é dado, por uma autarquia sob regime especial, vinculado ao poder executivo da União, órgão competente do Ministério da Saúde, no caso a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a qual é encarregada de elaborar atualizadamente tais informações, além das já previstas em leis, como prevê o art. 3º da lei antidrogas, e como esta foi editada pelo poder legislativo, pelo Congresso Nacional, trata-se de norma penal em branco heterogênea.

2. O USUÁRIO E DEPENDENTE SEGUNDO O ARTIGO 28 DA NOVA LEI

A lei nova estabeleceu diferenças em relação à anterior, não possibilitando mais a prisão do usuário e dependentes prevendo para eles apenas medidas sócio educativas, em busca de uma reeducação e uma devida orientação sobre as condutas praticadas. Considerando, tais condutas, como medida salutar, visto não representar um real perigo à sociedade. E inseriu-se o núcleo do tipo “tiver em depósito” e o verbo “transportar” para o usuário, condutas essas que eram exclusivas de traficantes, conforme art. 28 da lei 11.343/06:

Art. 28. Da lei 11.343/06 Quem adquirir, guardar tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes

Penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

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

Permanecendo no art.28, aquele que dolosamente adquirir comprar, passar a ser proprietário, guardar, ocultar, esconder, não publicar a posse, transportar, deslocar, ou trazer consigo, portar a droga, ter disponibilidade de acesso ao uso, para consumo próprio, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ou seja, qualquer pessoa, sujeito ativo, que de forma sempre dolosa, tiver a intenção de consumo pessoal, dolo específico, e cumprir a observação da expressão “sem autorização do Poder Público ou em desacordo com a lei” perante a coletividade, será penalizado com medidas educativas previstas no art. 28 da nova lei antidrogas.

Não se admite forma culposa, o sujeito tem que saber e querer ter a posse da droga, sendo aquele que não souber da posse da droga encontra-se-a em erro de tipo.

O dispositivo em questão é considerado de mera conduta, ou seja, crime de posse, não necessitando de proporcionar perigo concreto, o objeto material, a droga, deve ser apreendida para se comprovar a materialidade do fato, ou seja, não é necessário o resultado naturalístico, apenas a prática da conduta típica e a comprovação da idoneidade lesiva da conduta e da droga.

Pelo fato de ser o objeto jurídico deste dispositivo a saúde pública, ou seja, a norma antidrogas visa impedir o perigo social, sendo assim a conduta “usar” não é tipificada, uma

vez que prejudicar a própria vida não é crime se o agente não tiver a intenção de prejudicar terceiros, assim o art. 28, da lei, criminaliza a posse e a circulação das substâncias, condutas tipificadas que são em tese conseqüências do uso.

Segundo Fernando Capez, (Curso de Direito Penal, Legislação Penal Especial, v.4, editora Saraiva, p. 757), “desaparecendo a droga, extingue-se a ameaça”.

O STF impede o princípio da insignificância no tocante aos crimes previstos na lei 11.343/06 HC 91.759/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j.09.10.2007.

Há doutrinadores que defendem essa posição, pelo fato que a lei antidroga já prevê pena branda para os usuários, este deverá ser punido, ainda que seja com advertências para evitar assim continuidade desse usuário, é o que propõe Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais...p.757)

[...] O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado.

Assim, de acordo com as decisões do STJ, deve-se analisar “o todo”, todos os aspectos, conforme descreve o art. 28, §2º da lei, tipificando o porte de pequena quantidade quando existir elementos que o enquadre na conduta tipificada no dispositivo, ficando a cargo do juiz competente apreciá-los.

Em se tratando de sujeito ativo menor de 18 anos deverão ser adotadas medidas previstas no estatuto da Criança e do Adolescente, sendo assim, as medidas sócio-educativas pena não poderá ser mais severa que a prevista na lei antidroga seguindo o princípio da proporcionalidade. Em se tratando de maior imputável que porventura não tenha capacidade de entender o ato no momento de sua prática, ou seja, aquele que não é capaz de entender o caráter ilícito da situação deverá ser apreciado o art.45, será inseto de pena

A nova lei renovou previsto no art. 12 da lei anterior, criando o § 1º do art. 28, onde foi imposto as condutas “semear”, “cultivar” e “colher” plantas destinadas a produção de drogas, que era prevista, apenas para os traficantes, e agora, também, para o usuário, porém com uma ressalva, que os diferenciam, a quantidade, “pequenas quantidades” se qualifica como usuário. Ou seja, para se enquadrar em tal dispositivo é preciso ter o intuito de uso próprio e possuir pequena quantidade. Onde se comparando com a lei anterior, é possível perceber que ela tratava de forma genérica, tratando de forma igual o que plantava para consumo próprio ao que plantava para o tráfico, o que a atual trata especificamente.

O legislador, atualmente, apenas atenuou a pena para o plantio para consumo próprio, visto que a pena para ele imposta era muito elevada, dano assim, como expressa o art. 33, II, da lei 11.343/06, pena mais elevada para o “traficante”, ainda maior que a já prevista anteriormente, penalizando de forma mais justa, de acordo com a gravidade da conduta.

2.1 Da despenalização da conduta do usuário e dependentes de drogas – “*Abolition Criminis*”?

Em razão do art. 28 não prever pena privativa de liberdade, tem-se o entendimento de que o legislador teve a intenção de descriminalizar, ou até mesmo quis legalizar a conduta do usuário ou dependente, entendimento este que não deve ser considerado, pois tal dispositivo está inserido pelo legislador no capítulo III- Dos Crimes e Das penas, o qual também prevê no art. 48, que suas penas apenas poderão ser aplicadas por juiz competente, seguindo procedimento dos Juizados Especiais Criminais o que de fato não perde seu conteúdo de infração, não deixa de ser ilícito. A própria Constituição Federal expressa a possibilidade disposta no art. 28, I e II, ao dizer em seu art.5º, XLVI, “d” e “e”: prestação social alternativa; e suspensão ou interdição de direitos, respectivamente, como pena alternativas.

O que mudou foi a natureza das penas impostas à conduta dos usuários ou dependentes, ou seja, ela continua sendo uma conduta ilícita, não a tirou do direito penal, não a transformou em infração administrativa, descriminalizando penalmente o fato, não legalizou-a, passou a ser então uma infração “*sui generis*” não ocorrendo “*abolitio criminis*”.

Tal despenalização do uso e posse para consumo próprio é alegada por alguns doutrinadores, ainda, pelo fato do art. 1º da lei de introdução do código penal descrever: “*considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, [...]; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas [...]*”; sendo assim a lei 11.343/06, no seu art. 28 dispõe penas de caráter diferenciado, o que leva a concluir que tem-se uma infração “*sui generis*”, como expressa o autor Luiz Flávio Gomes (*Nova Lei ...*, p.118 e 119) ao descrever:

[...] Se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal”, conseqüentemente, o art. 28 contempla uma infração “*sui generis*” (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal).

Porém, pode-se dizer, após estudos, que apenas a advertência contida no inciso I do art. 28 da nova lei antidrogas, não dispõe de penas de âmbito criminal, pois tais advertências são comuns na aplicabilidade das penas alternativas em se tratando desse crime nos Juizados Especiais, não podendo ter apenas a advertência um meio de coibir a reincidência do usuário ou dependente. Porém, se estas forem impostas concomitantemente com as penas alternativas descritas nos incisos II ou III do mesmo artigo em questão constituirão penas do sistema criminal pátrio, ou seja, reprovação ou prevenção evita-se a polêmica trazida por alguns da descriminalização do uso de entorpecentes.

Para deixar ainda mais claro que o legislador não queria descriminalizar penalmente a conduta do usuário e dependentes de drogas, ele deixou permanecer a cargo do Juiz, do Juizado Especial Criminal a escolha da medida correta a ser aplicada, que será dada após o lavramento do termo circunstanciado por autoridade policial.

O legislador apenas quis manter o usuário e dependente longe de verdadeiros criminosos, para assim contribuir para uma melhor ressocialização, visto que muitas vezes a prisão contribui ainda mais para o seu ingresso à criminalidade.

2.2 As penas impostas aos usuários e dependentes- art. 28 da Lei 11.343/06

As penas previstas no art. 28 da nova lei antidrogas, penas impostas a agentes considerados usuários ou dependentes, são: “I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo”. Por ser considerada infração de menor potencial ofensivo, em hipótese alguma caberá pena privativa de liberdade, podem ocorrer no próprio Juizado Especial Criminal, seguindo o disposto nos art. 60 e seguintes da lei nº 9099/95 e podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, podendo também ser substituídas a qualquer tempo, ouvindo sempre, o Ministério público e o defensor do caso, mas nunca convertidas em pena privativa de liberdade.

Porém, tais medidas devem ser adequadas às aptidões do condenado, conforme dispõe o art. 46, §6º, CP. O juiz tem a tarefa de obedecer a um critério não ofensivo visando salvaguardar a dignidade da pessoa, princípio da proibição da pena indigna.

Assim, a pena imposta no inciso II, não gera nenhum vínculo empregatício, é apenas uma sanção imposta *ex vi legis* não gera relações trabalhistas.

A forma de cumprimento da prestação de serviço à comunidade segue, em parte, o mesmo trâmite do Código Penal: uma hora de prestação diária ao agente, perfazendo um total de 30 horas mensais, (art. 46, CP). O local ficará a cargo do juiz da vara de execuções, que poderá optar por variadas entidades.

Diferentemente do Código Penal, a aplicação de tal pena, possui caráter independente, o art. 3º prevê prazo próprio de duração, varia entre 1 dia a 5 meses e tais atividades estão ligadas a programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos em geral, publico ou privado, cujo a intenção seja a prevenção ao consumo e à recuperação do usuário e dependente.

Já a pena de advertência é dada em uma audiência específica pelo próprio juiz, na qual o réu é submetido a informações sobre os efeitos da droga em sua saúde e para a sociedade em geral. Esta mesmo tendo natureza jurídica de pena, não pode ser substituída, visto ser dada em uma única audiência e ao quando gera reincidência não poderá ao agente ser aplicada esta mesma pena, devendo a ele ser aplicado um pena mais eficiente, isto ocorre apenas em relação a esta pena.

A pena prevista no inciso III, ou seja, o comparecimento a programas ou cursos educativos se trata de pena nova, não prevista no Código Penal, deve seguir a pena prevista no inciso II em se tratando de sua aplicação, visto não constar nessa lei seus ditames.

A escolha da medida adequada depende da distinção do usuário ou dependente, que será feita pelo julgador do caso, juiz do Juizado Especial Criminal, em sentença condenatória, que fixará a melhor medida a ser aplicada ao caso e a sua frequência, baseando baseado na culpabilidade, ou seja, o grau de reprovação social, e demais critérios do art. 59 do CP, limitando-se na pena máxima na acumulação das três penas previstas mais medidas assecuratórias se necessário, e a aplicação delas isoladamente.

O condenado, porém, pode se recusar a cumprir a pena a ele imposta, quando tiver justificativa validas, a fim de que o juiz substitua por outra, seguindo o que já foi expresso.

A nova lei prevê que as medidas alternativas devem ser aplicadas por tempo Maximo de cinco meses, podendo ser aumentada de até cinco meses, em caso de reincidência, sendo que a lei dispõe de reincidência como apenas incidir novamente, diferentemente do que dispõe o Código Penal, aplicando assim o disposto nesse dispositivo qualquer caso de reincidência, mesmo quando o usuário for varias vezes surpreendido na posse de drogas para consumo pessoal, multireincidente, não terá pena superior a dez anos.

O legislador preocupado com o não cumprimento dessas medidas que serão impostas ao agente previu no §6º para aqueles que não cumprirem, sem justificativa, ou se recusar a

cumpri-las, admoestação verbal e multa, sucessivamente, como prevê o próprio parágrafo, mas nunca será aplicado, como já visto, pena privativa de liberdade, o número de dias-multa será fixado pelo Juiz de Direito, nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), variando de acordo com a capacidade econômica do agente e o grau da sua culpabilidade, e conforme dispões o art. 29, será atribuído depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo, valores este que são creditados na conta do fundo Nacional Antidrogas. Parágrafo este, que também, enseja críticas de alguns, visto que, as penas impostas para a prática da conduta são mais gravosas do que se o agente escolher não cumpri-las. Visto que, admoestação é uma repreensão, onde o juiz advertira o agente sobre as conseqüências de sua desídia delituosa, ou seja, o juiz falará à respeito do não cumprimento das penas impostas, e o risco de se sujeitar à sanção pecuniária, medida estas de coerção ao usuário.

A medida imposta ao não cumprimento das penas, admoestação verbal, difere da pena imposta pela prática da conduta apenas na finalidade que é imposta, como já foi demonstrado.

O Estado tem 2 anos para aplicar, contra o agente que pratica essas condutas, as medidas cabíveis, pois após esse tempo ocorre a prescrição, é o que prevê o art. 30 da lei.

Nesse tipo penal, em regra, não se admite forma tentada, pois seria caso de antecipação da tutela legal, pois “ninguém poderá ser punido pela intenção ou cogitação”. Porém, conforme Fernando Capez (Legislação Penal Especial, p. 755) é admissível quando, iniciado o ato executório da aquisição este vem a ser interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Com isso, conclui-se que o legislador na nova lei busca o reconhecimento de que o usuário ou dependente de drogas deve ser visto como um doente, um dependente químico, e que deve lhes dar um tratamento em vez de colocá-lo presos, como verdadeiros criminosos, o que obviamente piorá-lo-ia.

É o que demonstra entendimento de Carlos Bacila e Paulo Rangel (*Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.43).

[...] assim como ninguém conceberia punir criminalmente um dependente de álcool, parece errôneo tipificar a conduta do dependente de drogas ou daqueles que as usam eventualmente. Contudo, não se pode também deixar de compreender que o usuário de droga sustenta o tráfico, gera problemas para a família, para a sociedade e, de certo modo, por uma questão humanitária, não se pode esquecer que a autolesão que pratica afeta a todos de um jeito ou de outro.

Deverá tratar, o consumo como um problema de saúde pública, contando com o Estado na questão de disponibilizar locais para tratamentos, conforme o exposto no §7º do art. 28, da lei em estudo, e políticas educativas para a busca efetiva de redução de danos, pois nem por isso pode deixar-se sem dar-lhes, ao menos, uma advertência, medidas sócios educativas.

2.3 Medidas de repressão ao tráfico

O art. 1º da nova lei antidrogas instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), composto pelos órgãos e entidades da administração pública, com o intuito de exercerem atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, com o dever de atuar na prevenção do uso indevido de drogas, e na aplicação de tratamentos de recuperação e reinserção social.

O art. 17, da lei e como também descreve o CPP em seu art. 809, prevêem obrigações que muito ajuda na prevenção do trafico ilícito, que é a integralização de dados estatísticos junto ao sistema de informação do poder executivo, pois assim facilitaria o combate, tendo maiores possibilidades de atacar áreas com maiores índices de tais infrações penais.

O Sistema foi criado visando, mediante suas condutas, tratamentos com usuários e dependentes, atingir o tráfico, diminuindo a sua procura, mediante informações do risco do uso indevido da droga, condutas estas que se dá com a prática das atividades descritas no art. 3º da lei.

Que são as atividades direcionadas a redução dos fatos de vulnerabilidade e risco, como prevenção da conduta; atividades visando a melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas são o que se tem dando a devida atenção descrita no artigo 20 da lei. Por fim atividades direcionadas a integração ou reintegração em redes sociais.

2.4- O procedimento criminal dos usuários e dependentes de drogas:

Ao se deparar com o caso o juiz observará os elementos pertinentes à natureza da droga, a quantidade apreendida, o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às

circunstâncias sociais e pessoais do agente, as condutas e seus antecedentes, conforme art. 28, §2º, para determinar sua decisão, se o caso é de usuário ou traficante.

O art. 48, §1º, prevê o procedimento a ser seguido em casos de crimes previstos no art. 28, sendo estes beneficiados pela Lei 9099/95, art. 60 e seguintes, visto que o legislador considera a conduta descrita no art.28 como infração de menor potencial ofensivo, não tendo mais pena privativa de liberdade, visto que de acordo com o art. 61, da Lei 9099/95: “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos dessa Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumuladas ou não com multa.” Por este será apreciado.

Com isso, o art. 48 e incisos, prevê a não prisão em flagrante das condutas previstas no art. 28, como descreve o parágrafo 2º do art. 48, “... não imporá prisão em flagrante...”, o usuário ou dependente de drogas não será preso. Apenas é levado até uma autoridade policial que o avaliará, se é caso de consumo pessoal ou não, depois de avaliado, se tratar de consumo pessoal, este será encaminhado para o JESCRIM da localidade, onde receberá alguma das penas previstas no art. 28 da lei 11.343/06, isoladamente ou cumulativamente. Não existindo JESCRIM na localidade este deverão receber os procedimentos pela autoridade policial local, que lavrará o TCO, Termo circunstanciado de ocorrência, não podendo o agente ser detido, §3º; o exame de corpo delito será feito quando por ele requerido ou pela autoridade policial judiciária, já o §4º, casos estes que se encontram divergências, pois prevê uma contradição, onde não há pena restritiva de liberdade, nem prisão em flagrante, não teria como a pessoa sofrer qualquer agressão.

Quando se diz que o usuário ou dependente não será detido, isto de fato não é verdadeiro, pois ao encontrar entorpecentes com um individuo não se pode prevê se este é apenas usuário e não traficante, sendo assim, este deverá ser conduzido até a delegacia, para assim este, se usuário, após assumir o compromisso de comparecimento ao JESCRIM, ser liberado. Tudo depende da tipificação do delito e a cautela dos agentes policiais diante de tal situação.

Após esse procedimento, contido nos parágrafos 2º, 3º e 4º desse artigo, poderá o Ministério Público, conforme o parágrafo 5º, propor imediatamente penas previstas no art. 28 da lei 11.343/06, seguindo assim o art. 76 da lei dos Juizados Especiais.

O procedimento previsto atualmente diferentemente do anterior, previsto no art. 21 da lei antiga, agi de forma mais rápida, dando as autoridades maior agilidade para com as investigações e demais acontecimentos, pois estas seguem o disposto, como já citado, nos Juizados Especiais.

3. USUÁRIO X TRAFICANTE – DIFERENCIAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.343/06

A nova lei antidrogas trouxe como já visto, varias inovações em caráter de usuário, dentre elas a diferenciação do traficante do mero usuário, para assim impor pena justa àqueles que se enquadra no tipo previsto.

Os critérios de diferenciação dentre outros são a análise da natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, e seus antecedentes.

Tais critérios devem serem valorados juntamente, o simples valoramento da quantidade, em determinadas circunstâncias, não justifica a real conduta do agente.

Assim expressa o autor Luiz Flávio Gomes (Nova Lei de Drogas Comentada, p.131):

[...] Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante.

Guilherme de Souza Nucci (Leis penais... pag. 338):

[...] aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior condenação por trafico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei (antigo art. 12 da Lei 6.368/76). Por outro lado, o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário (art. 28 desta Lei; antigo art. 16 da Lei 6.368/76).

Com isso, pode se dizer que primeiro será avaliado a quantidade, porém esta por si só não caracterizará o tipo, devendo o juiz ou autoridade competente avaliar, de acordo com critérios legais objetivos previstos em lei, se esta seria para consumo pessoal ou não.

3.1 Das relevantes modificações trazidas pelo art. 33 da nova lei antidrogas

A lei 11.343/06 separou o usuário do traficante, visando à necessidade da sociedade, a dignidade humana, colocando-os em capítulos distintos e penalizando-os de forma diferentes, para os traficantes ela trouxe um grande aumento da pena a ser aplicada como prevê o art. 33, havendo *novatio legis in pejus*. Conforme a Constituição Federal em seu art.5º, XLIII, prevê como hediondo, entre outros, o crime de tráfico de entorpecentes, o que defini-o como crime de grande gravidade.

Art. 33 da lei 11.343/06. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

Onde se tinha pena de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, tal mudança tirou do agente que pratica tal conduta a possibilidade disposta no art. 44 do CP, de substituir a pena restritiva de liberdade em restritiva de direito, o que o legislador define no §4º, ao tratar de diminuição de penas. Porém em razão de ter ocorrido uma *novatio legis in pejus* a pena nova somente será aplicada nos novos crimes.

A previsão da nova lei é vista como desacordo com o Código Penal, pois este prevê pena de multa máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias multas.

Já para quem induzir, instigar, ou auxiliar o uso indevido de drogas, tem-se um caso de diminuição de pena em relação à lei anterior, onde conforme o art. 12 da lei 6.368/76 previa pena de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, atualmente o §2º do art. 33 prevê pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. Pode se afirma que tal diminuição dessa pena, vem a ser em decorrência da sociedade atual, visto que, a sociedade hoje em dia, diferentemente com os tempos passados, tem uma maior informação a respeito do uso de entorpecentes e seus efeitos, sendo assim dificilmente esta será aplicada.

No parágrafo 3º, o art. 33, que diz a respeito do oferecimento para o uso conjunto, prevê um caso de inovação, não contido na lei anterior, dando-lhe pena de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-

multas, sem prejuízo das penas previstas no art. 28, caso este considerado por alguns doutrinadores, com pouca utilidade, pois a prova a ser produzida é de difícil comprovação.

A nova lei antidrogas prevê, também para o traficante causas de redução da pena, como expressa o §4º do ainda art. 33, sendo caso de *novatio legis in melius*, quando for o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicando a atividades ou organizações criminosas cumulativamente, nestes casos a pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços, porém não poderá ser, em hipótese alguma, convertida em penas restritivas de direito, por demonstrar ser caso de maior periculosidade.

É merecedor de muita atenção do aplicador da lei, pois de fato trata-se de faculdade do julgador, quando se encontrar de frente com casos como o descrito no dispositivo citado, pois o legislador ao descrever organização criminosa, pode o juiz em razão do desconhecimento destas, que muitas das vezes existem sem o consentimento e controle da justiça, beneficiar traficantes perigosos.

Os crimes descritos nos art. 33, caput e §1º e art. 34 a 37, são tidos como crimes inafiançáveis perante o art. 44 da nova lei antidrogas, porém posteriormente com a publicação da lei nº 11.464 que modificou a lei dos crimes hediondos excluiu, à liberdade provisória ao tráfico de entorpecentes.

3.2 Em relação ao tráfico

Além das condutas descritas como tráfico no art. 33, a nova lei antidrogas qualifica qualquer ação que utilize substâncias ilícitas.

Para os crimes previstos nos art. 34 e 35 da lei antiga, que consistem em, fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; e associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33 caput e § 1o, e 34 desta Lei, permaneceram com as mesmas penas previstas na legislação anterior, porém com multas elevadas.

O legislador, ao descrever tais artigos, apenas introduz mais num tipo penal, visando prevenir o financiamento do tráfico, ou seja, as chamadas “empresas de tráfico”, na tentativa

de afastar estes da sociedade. Para os chamados financiadores do tráfico, os verdadeiros chefes da organização de drogas, a lei nova prevê, em seu art. 36, a maior pena nela prevista, de fato este é o custeador de toda a estrutura do tráfico o que aumenta de fato o poder paralelo.

Para os “financiadores do tráfico” incorre também, se comprovada, a pena descrita no art. 35 da lei nova, daí conclui-se que o legislador visa dar a aquele que pratica o crime descrito neste dispositivo pena severas.

São também penalizados, devido o crescimento da procura pela prática de seu serviço, atualmente pelo art. 37 da nova lei, os informantes, aqueles que, em alguns casos, mesmo sem ter contato direto com a droga, ajuda, mediante prestação de serviços básicos, como ir comprar embalagem para a droga, vigiar enquanto esta é vendida ou escondida, com penas moderadas visto a gravidade do crime, visto que este de certa forma ajuda na efetividade do crime, porem visa diminuir sua pratica.

A lei 11.343/06, trouxe dentre suas inovações o art. 39, prevenindo assim a vida das pessoas, ao serem transportadas correndo risco, pois o uso de drogas antes de conduzir tais transportes traz riscos para si e demais passageiros ou para aqueles de das mesmas vias estiverem utilizando.

Pode concluir que na percepção do nosso legislador no combate ao tráfico de entorpecentes deveria ser combatido no topo e que nada adianta punir os usuários e dependentes com penas privativas de liberdades, pois assim estaria ainda mais envolvido com o mundo ilícito. Assim, optou-se por punir com maior rigor os financiadores, produtores, vendedores, etc. Pois esses sim são os verdadeiros alicerces da ilicitude, por espalharem entre as pessoas, familiares e amigos a proliferação do problema. Por motivos variados de fraquezas, desespero, depressão, enriquecimento de forma ilícita, arruinando, assim, com vidas omissas.

Assim, nota-se que procura-se com isso a verdadeira fonte de ressocialização do usuário, a ao mesmo tempo punindo os causadores desses graves e sérios problemas, ou seja, quanto maior o poder criminal do infrator maior será a culpabilidade diante da sociedade, visto esta previsto na nossa Constituição, ao se tratar de crime inafiançável e insuscetível de graça, então fica visível que o legislador não estaria no caminho da liberação ou da descriminalização de tais condutas.

CONCLUSÃO

A Lei 11.343/06 foi promulgada para se adequar à sociedade atual e trouxe diversas modificações em relação ao usuário e dependente, diferenciando-os dos traficantes. Devidos tais modificações esta lei, como demonstra o presente trabalho, ela retroage nos aspectos benéficos, beneficiando a todos, incluindo os que se encontram em fase de inquérito, até mesmo os já condenados, ou em fase de execução, tratando de “Novation legis in melius”.

Modificou a denominação do objeto material, passando a ser droga, todo produto ou substância que cause dependência, e que não possuem autorização, ou se encontra em desacordo com determinação legal, sendo assim, esta lei é considerada uma norma em branco, dependendo sempre de um complemento que informa quais são essas drogas, e este é dado pela ANVISA, conforme o art. 3º da própria lei.

A nova lei retirou do usuário a pena privativa de liberdade, porém o intuito do legislador não foi descriminalizar tal conduta, apenas atribuir a estes tratamento adequado, instituiu, no art. 1º da lei, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAS), visando prevenir o uso inadequado da droga e aplicar os devidos tratamentos aos que se encontram nessa situação.

Assim, se funcionasse do modo que é previsto, a política contra droga seria perfeita, diminuiria a procura da droga, colocava os usuários e dependentes em tratamentos, seja de recuperação, de reinserção, dava a ele as devidas informações sobre tais condutas, penalizava-se os traficantes de forma mais severa, não restaria dúvida que a circulação de drogas diminuiria. Porém o governo não dá a devida atenção ao que dispõe a lei, e esta não funciona adequadamente sem o apoio do Governo como todo.

Esta, sim, é a razão da grande discussão em torno da descriminalização do uso de drogas pelo legislador, o que demonstra o presente trabalho.

Pois ao se deparar com agente usuário ou dependente de drogas nada resta a fazer se não apenas aplicar-lhe penas restritivas de direito, não impedindo que este agente volte para o mundo ilícito. Deveria sim o Governo de modo geral criar clínicas adequadas para tratamento e impor-lhes a obrigação de lá permanecerem, até que seja considerado apto, psicologicamente, a sair, dando maiores indícios que este não voltará a praticar tais condutas. Assim o usuário e dependentes, seriam tratados e conscientizados da sua conduta, visto que as penas previstas no artigo 28, foram aplicadas conforme prevê o legislador.

BIBLIOGRAFIA

- 1- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**, vol.1, 13º edição.
- 2- NUCCI, Guilherme de Souza. **Das Leis Penais e Processuais Comentadas**; 4º edição, Ed. Revista dos Tribunais.
- 3- BACILA, Carlos, RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.
- 4- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Legislação Penal Especial**, v. 4, Ed. Saraiva, 2011.
- 5- GOMES, Luiz Flávio, **Nova Lei de Drogas Comentada**, Ed. Revista dos Tribunais.
- 6- **VADE MECUM**, compacto, 1º edição, Ed. Saraiva, 2009.