



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO



LUIZ FERNANDO LAMIM DE MORAES

**A REALIDADE SOBRE A NOVA LEI DE TÓXICOS EM
RAZÃO DO USUÁRIO**

**Juiz de Fora
2008**

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LUIZ FERNANDO LAMIM DE MORAES

**A REALIDADE SOBRE A NOVA LEI DE TÓXICOS EM
RAZÃO DO 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 Besnier C. Villar

**Juiz de Fora
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Luiz Fernando Lamin de Moraes

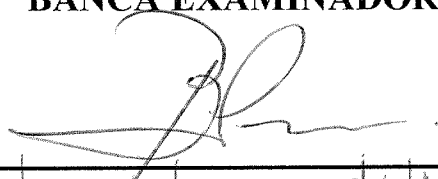
Aluno

A Exatidão sobre a Nova Lei de Gêneros
em Defesa do Consumidor

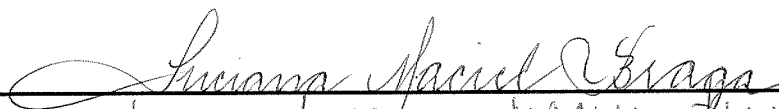
Tema

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.

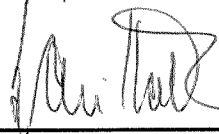
BANCA EXAMINADORA



Prof. Bruno Rezende Palmieri



Prof.ª Luciana Maciel Braga



Prof. Leônidas Chirini Vianna

Aprovada em 10/07/2008.

DEDICATÓRIA

"Dedico a concretização desse sonho tão idealizado a memória de meu pai Vicente de Paula Moraes, alicerce de minhas realizações, a minha mãe Heloísa, a meu irmão Marcos, bem como o irmão e colega Fernando Duarte, pelo incentivo e apoio a mim direcionado, obrigado a vocês por essa conquista".

AGRADECIMENTO

Agradeço ao professor e orientador Dr. Besnier C. Villar, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Diretoria do curso de graduação de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO.....	1
CAPÍTULO 2 - DEPENDENTES E DESPENALIZAÇÃO	3
2.1 – TRÁFICO.....	5
2.2 - USUÁRIO: PRISAO OU MEDIDAS ALTERNATIVAS.....	6
2.3 TRATAMENTO PATOLOGICO.....	7
CAPÍTULO 3 – A LEI DE TOXICOS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL	9
CAPÍTULO 4 - REPRESSÃO OU PREVENÇÃO; QUAL MODELO DE POLÍTICA MAIS ADEQUADO	13
CAPÍTULO 5 - DESCRIMINALIZAÇÃO “PENAL”, LEGALIZAÇÃO DA DROGA PARA CONSUMO PESSOAL	14
5.1 - DIREITO JUDICIAL SANCIONADOR	16
5.2 - CRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO	17
5.3 - DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PESSOAL.....	18
CAPÍTULO 6 - DAS CONDUTAS, SUJEITOS E OBJETO JURÍDICO.....	20
6.1 - OBJETO MATERIAL DA INFRAÇÃO	21
6.2 - NULLA PUENA SINE IUDICIO	22
6.3 - RETROATIVIDADE DA NOVA LEI	23
CAPÍTULO 7 - SEMEAR, CULTIVAR OU COLHER PLANTAS TOXICAS	24
7.1 – CONSUMO PESSOAL OU TRÁFICO.....	25
7.2 - DURAÇÃO MÁXIMA DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DO ART. 28.....	26
7.3 - MEDIDAS TEMPORALMENTE MENSURÁVEIS.....	27
7.4 - TEMPO DE CUMPRIMENTO	28
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

RESUMO

Tem o presente trabalho á análise da nova lei de tóxicos, com ênfase na relação ao tratamento dado ao usuário, no sentido de que esta lei tenta colocar o usuário a submeter-se a tratamento para se livrar do vício, o que na realidade seria uma forma em sentido em uma real fundamentação que esse diploma tem por escopo determinar ao poder público disponibilidade ao tratamento, sem haver qualquer relação no sentido de coercitividade.

O aspecto principal seria no sentido de recuperação e reintegração do usuário no meio social tentando eliminar o consumo, a nova lei tem a tendência de amenizar a conduta visando ao usuário, livrar-se do consumo pessoal de drogas.

O critério quanto ao usuário atualmente é transação penal para as modalidades de condutas infracionais, sendo elas: a) advertência sobre os efeitos das drogas; b) prestação de serviços à comunidade; c) medida de comparecimento a programa ou curso educativo. O não cumprimento a essas sanções, ou mesmo omissão poderá importar na aplicação de multa, num mínimo de 40 (quarenta) e num máximo de 100(cem) dias-multa, no valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo vigente da data do fato (art. 28¹, inciso I,II e III, parágrafo 6º, e art.29²).

Não resta dúvida que a norma têm o caráter de amenizar tais modalidades quando previu no artigo 48³, parágrafo 1º, que "o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos no art. 33 a 37⁴ desta Lei, será processado e julgado na forma do artigo 60⁵ e seguintes da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais."

Sendo a tendência voltada para o caráter de descriminalização não haveria processo nem julgamento, concluindo-se que as condutas que visam o consumo de entorpecentes continuam competência diferenciada do antigo diploma

No novo contexto dessa modalidade delituosa, diz à norma que "não importará prisão em flagrante", sendo o autor do fato apresentado imediatamente encaminhado ao juízo competente, devendo na falta deste assumir perante autoridade policial, "compromisso de comparecer a presença da autoridade, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames periciais que se façam necessários". (art. 48⁶,parágrafo 2º).

Mister se faz notar a incontestância legal que diz "não se imporá à prisão em flagrante, e a contento diz, que o infrator será imediatamente encaminhado perante a autoridade competente".

¹ Art. 28, inciso I, II e III Parágrafo 6º.

² Art. 29 Lei 11.343/06

³ Art. 48, Parágrafo 1º - Lei 11.343/06

⁴ Art. 28, 33 à 37 - Lei 11.343/06

⁵ Art. 60 e seguintes - Lei 9.099/85

⁶ Art. 48, Parágrafo 2º - Lei 11.343/06

INTRODUÇÃO

A lei nº. 11. 343 de 2006, instituída a nova lei de tóxicos, vem em sentido amplo tratar de forma objetiva sobre a abordagem da criminalização de forma racional e legal a postura dada ao diploma anterior, do ponto de vista tratado entre o usuário e o traficante de drogas ilícitas e psicotrópicas.

De grande relevância a mudança no tratamento dado ao usuário anteriormente considerado criminoso pelo antigo diploma, pela nova lei, mero instrumento de crescimento e avanço delituoso por parte do grande responsável pelo mal social que é o tráfico de drogas, pois este deve ser entendido como mola propulsora de tal crescimento. Importante salientar que a medida for diminuída a proporção de viciados e afins a tendência em escala gradativa, será pela diminuição proporcional do tráfico com expectativas voltadas à erradicação mesmo que a longo prazo do delito que corrompe as variadas camadas de nossa sociedade trazendo em seu cerne, inúmeras perturbações intrínsecas ao principal dano tutelado pelo direito penal “O trafico”.

Mister se faz o entendimento adotado pelo legislador da lei em vigor, que é a de retirar o mito da demonização do usuário, ou seja, assume este legalmente o papel de vítima direta das drogas, sem a vinculação tradicional de vilão social. Assim o Estado no seu “Jus Puniendi”, deve posicionar-se de forma a ressocialização do dependente, ao contrário de privar a possibilidade de integrar de forma legítima seu retorno ao seio social.

Existem atualmente no Brasil, várias correntes que vislumbram uma mudança no processo racionalizante da pena, de forma geral para que se possa estabelecer a paz social e conseqüentemente a reabilitação e ressocialização do delituoso.

Em linhas ponderadas afirma **REALE JR**; "O direito penal por via da integração de fatos e valores estatui destas condutas sob a ameaça de uma pena, atribuindo de um lado, ao Estado o poder dever de punir e de outro a sujeição do autor da conduta à pena ⁷".

Ao atender essas conotações, observamos claramente que em se tratando de uso de tais substâncias, vale-nos lembrar que o uso de drogas entorpecentes é de cunho pessoal, não devendo, pois integrar o caráter de infração ao bem estar social, essa sim seria a principal relação da tutela ao quadro social, devidamente protegido pelo direito penal e assim sendo ficando à apreciação do "Jus Puniendi", que o Estado têm por ordem resguardar.

O direito penal, não somente visando a integridade social, deve também respeitar o livre arbítrio e a vontade íntima, bem como a vida privada individual. Portanto claro fica, que a verdadeira razão do direito penal é a de proteger os valores sociais, desvinculando-se do cunho da forma privada e restrita da vida individual.

Nestes termos faz-se consubstanciar, o valor do novo ordenamento, por deixar evidente, que a situação dos usuários e dependentes, fogem à esfera das penas privativas de liberdade, o que não irá descaracterizar a ilegalidade do uso ou posse de substâncias entorpecentes, em contra partida fazer valer a coercitividade ao principal e real ameaçador da defesa e da saúde social, o próprio traficante.

⁷ REALE Jr. Miguel, *Instituição de Direito Penal: Parte Geral*, volume I. 1 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO

O uso de drogas ilícitas, acompanha a humanidade desde a antiguidade mais precisamente têm-se afirmações que o uso do ópio e a cannabis eram utilizadas a três mil anos antes de Cristo. Com a evolução social, o conhecimento do mal que essas substâncias causavam ao indivíduo, formalmente tornaram-se puníveis à medida que a evolução social em todos seus aspectos culturais, políticos e econômicos, tornaram indevidos o uso de tais substâncias bem como o caráter preconceituoso.

Em nossa legislação criminal, a punição ao uso e comércio de substâncias ilícitas, foi mencionada inicialmente do Livro V das Ordenações Filipinas, sobre o caráter punitivo acuminado no ocultamento em residência própria ou venda de drogas como o rosalgar e o ópio, como punição poderia perder a fazenda, ou mesmo a extradição do Brasil para a África. Posteriormente com a promulgação do Código Penal Republicano datado de 1890, a Consolidação das Leis Penais de 1932, pelo decreto 780, alterado pelo decreto-lei 891 de 1938, o Código Penal de 1940, Lei 6.368/76 e Lei 10.409/2001.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), entendeu, que a definição sobre droga é a que toda substância capaz de modificar qualquer função natural do organismo seria considerada como ilícita. Pela (OMS), “a dependência psíquica repousa na incontrolável dependência psíquica de alguma substância entorpecente, capaz de tornar o organismo ao uso contínuo de determinada substância e a dependência física devido à paralisação de tais substâncias é de caráter fisiológico, procedente de sintomas dolorosos, (...), pela interrupção da ingestão de tais substâncias”.

Para as tendências penais, o usuário encontra-se na condição daquele que adquire, guarde, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para seu consumo, qualquer tipo de droga ilícita. determinante a diferença entre usuário e o traficante, visto que de grande relevância a observação do juiz quanto à quantidade de droga apreendida, mister se faz notar o local e as condições em que se desenvolveu o fato, não podendo executar as condições sociais e a conduta e os antecedentes do agente (artigo 28, parágrafo 2º).

Atualmente as tendências políticos-criminais, estão divididas em quatro modelos adotados mundialmente: O norte americano, que assevera a reclusão dos envolvidos com entorpecentes; o modelo liberal radical este favorável à plena liberação do tráfico e uso de entorpecentes enfatizando uma disfunção social onde a questão da droga provoca consequências de poder aquisitivo, onde somente os pobres são punidos e em consequência reclusos e o modelo europeu da redução de danos, que se identifica com descriminalização ao longo do tempo adotando uma política de controle e eminente regulamentação e programas educacionais; propagando a droga como problema de saúde pública.

CAPÍTULO 2 - DEPENDENTES E DESPENALIZAÇÃO.

A real consequência desse trabalho, como já mencionada é a observância, a qual a nova lei de tóxicos concede ao dependente ou mero usuário o tratamento ao consumidor, como parte afetada de um problema de saúde social, que receberá um tratamento sócio-cultural de reeducação e ressocialização. Relevante lembrar que, a compra, porte, transporte para consumo pessoal tenha o caráter de desconsiderar uma conduta descriminalizada.

A discussão é comum, após a aprovação do projeto pelo legislativo, antes mesmo de ser sancionada, o comentário a respeito da “descriminalização uso ou posse de entorpecentes, o que não se torne correlato com a previsão constitucional, sendo que na verdade o foco não foi o fator criminalizante da conduta, e sim a busca da despenalização”.

Na visão analítica de COELHO, “Não há consenso ao uso das palavras, descriminalizar ou discriminar. Trabalhando-se a partir dos antônimos. Têm-se que discriminar é o contrário de incriminar, que significa imputar um crime a alguém. Assim, discriminar significa absolver, tirar a culpa, inocentar, absolver da imputação do crime. Descriminalizar por sua vez, seria o contrário de criminalizar, de tornar criminal. Por decorrência, opta-se, aqui, pela palavra descriminalizar.”⁸.

No que diz respeito a despenalização aduz o mesmo autor “trata-se do ato de diminuirá pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter do ilícito penal”⁹.

⁸ COELHO, Edihermes Marques, *Manual de Direito Penal*, 1 ed. Juarez de Oliveira Ltda: São Paulo, 2003, p. 16

⁹ COELHO, Edihermes Marques, *Op. Cit.*, p. 16

Partindo dessa conceituação, torna-se necessário uma análise aprofundada do texto legal. Primordialmente, nos dirigimos ao capítulo III, do título IV denominado como "Dos crimes e das penas". Obviamente, seria, inadmissíveis considerar o uso ou posse uma conduta descriminalizada, haja visto que a prática incide com rigor na tipificação do disposto com o art 28 deste capítulo. Não existe fundamentação tratar de uma conduta lícita, descriminalizada em um capítulo que receba tal intitulação, seria no mínimo considerar um erro legislativo. O tipo penal concernente nesta norma preceitua:

"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 as seguintes penas:"

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – Prestação de serviços à comunidade;

III – Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Firme constância, que a Lei prevê uma forma de tipificação de tais condutas, inclusive determinando respectiva pena. Descaracterizando assim, qualquer dúvida do ordenamento com o princípio *nullum crimen nulla poena sine leges* como defendemos, a medida principal da mudança é a exclusão de penas privativas de liberdade, além da medida jurídica quanto ao tratamento, trazendo coativamente o infrator a comparecer a programas ou cursos educativos.

Não obstante é de grande relevância salientar que, mesmo aquele produtor que tem a finalidade de produzir a droga para consumo pessoal deverá esse ser punido como usuário.

O que não implica na dificuldade do sistema judiciário, ou mesmo da própria polícia em conseguir distinguir a determinação da destinação da droga, Não existe um molde para que se possa determinar se a droga é para uso pessoal ou para tráfico. A lei, designa como a anterior, que a análise será feita de acordo com a substância, bem como a quantidade. Ao nosso entendimento sejam essas medidas eficientes, ao lembrar que o indivíduo pode estar portando certa quantidade de droga para uma venda de pequeno valor, bem como adquirida para consumo próprio. Claro fica, essa medida conduz a uma liberdade para que continue

havendo arbitrariedade da perícia policial. Entendemos existir uma lacuna considerável no novo ordenamento quanto ao caráter de entendimento por parte da autoridade policial que continue podendo, preceituar a seu livre entendimento o porte como ilegal e posteriormente vinculado a uma sanção rigorosa, o que defendemos ser de caráter rigoroso e punitivo.

2.1 - TRÁFICO

De grande relevância a questão quanto ao envolvimento com fins distintos de consumo pessoal, como já apontamos, a Lei aparece como norma incriminadora, Lex Gravitor, o novo diploma incrimina inclusive a instigação, indução ou auxílio ao uso indevido que também é punido, com pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção e multa. Concluimos, que mesmo não tenha fins lucrativos, o simples envolvimento será mais duramente penalizado do que o próprio uso.

A norma, ainda, qualifica qualquer ação que utilize substâncias ilícitas, deverá ter prévio consentimento judicial, seja para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir. O que significa, que mesmo com fins lícitos, o judiciário deverá punir de acordo com a Lei, mesmo que a finalidade seja de cunho medicinal. A cominação nestes casos será de 3 e 10 anos de reclusão mais sua respectiva multa.

Aquele que fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas a pena será de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos mais a respectiva multa. Percebe-se claramente traços da Lex Gravitor, Na Lei anterior 6.369/76 a determinação legal era de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa prevista na atual Lei também se mostra mais elevada. No que diz respeito ao fornecimento de maquinário, na antiga Lei, recebia entendimento diferenciado do tráfico, cuja pena cominada era de 3 (três) a 10 (dez) anos. A Lei se mostra mais repressora neste caso comparando-a com o atual diploma.

A atual norma mostra uma realidade mais severa quando abrange os verdadeiros chefes da organização de drogas. Aqueles que mantêm o financiamento de qualquer dos

ilícitos supra mencionados recebem uma pena de 8 (oito) a 20 (vinte) anos além de multa. Sendo essa cominação mais severa que o crime de homicídio, previsto no art 121 de nosso Código penal, que prevê uma pena de 6 (seis) a 20 (anos).

Chega-se à conclusão que na percepção do nosso legislador o combate ao tráfico de entorpecentes deveria ser combatido no topo. De nada adiantaria mais punir os usuários e dependentes, meras molas propulsoras do problema, com penas privativas de liberdade de onde concluímos que esses estariam ainda mais envolvidos com o mundo ilícito. Definiu-se, então, por punir com maior rigor os financiadores, produtores, vendedores, etc. Pois esses são os verdadeiros alicerces da ilicitude, por espalharem entre pessoas, familiares e amigos a proliferação do problema. Por motivos variados de fraqueza, desespero, depressão, enriquecimento de forma ilícita, arruinando, assim, com vidas omissas e que se tornam a cada dia vítimas do rol da criminalidade e depravação do tráfico.

Neste aspecto, notamos o Estado Democrático de Direito em seu *Ius Puniendi*, como verdadeira fonte a ressocialização do usuário, e ao mesmo tempo aparecendo como figura punitiva dos causadores de graves e sérios problemas. Ao retroagir na história os punidos sempre eram os mais frágeis e desprotegidos pelo sistema, não o que nos mostra a visão atual, quanto maior o poderio criminal do infrator conseqüentemente maior será a culpabilidade diante da sociedade.

Nossa carta magna, com grande severidade trata o tema prevendo que o tráfico de entorpecentes e drogas afins será considerado inafiançável e insuscetíveis de graça. Mais uma demonstração de como a República Federativa do Brasil se opõe e se revela defensora da luta contra as drogas, longe de se parecer um país a caminho da liberação ou descriminalização.

2.2 - USUÁRIO: PRISÃO OU MEDIDAS ALTERNATIVAS

A Lei 11.343/2006 em seu capítulo III, trata “das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reintegração social de usuários e dependentes de drogas”. Objetivamente este capítulo volta-se de forma criteriosa ao problema, da reintegração social de usuários e afins do uso de drogas ilícitas. Sua principal finalidade é atenção ao usuário e dependentes de

drogas, destarte entender que não cuida do delituoso, traficante, financiador ou mesmo colaborador do tráfico.

De grande relevância, a distinção entre usuário e dependente visto que nem sempre o usuário torna-se dependente, essa distinção é de grande valoração para devida medida alternativa a ser adotada em cada caso concreto, visto que comprovadamente existe uma dependência físico-psíquica em relação ao dependente notável posicionamento que este devido sua condição, necessita de tratamento imediato.

2.3 – TRATAMENTO PATOLOGICO

De grande necessidade torna-se a importância no tocante a desintoxicação do usuário, o Estado ao coibir o caráter repressivo, o que torna oneroso aos cofres públicos a manutenção do usuário no sistema prisional, mediante as novas medidas, poderia investir na implantação de hospitais psiquiátricos com o fundamento de tratar o dependente químico.

Isso importaria em uma possibilidade de ao mesmo tempo tratar o usuário psiquicamente bem como o conduzindo a desintoxicação, mister se faz entender que a medida da quantidade de droga consumida, cria a possibilidade cada vez mais atenuante ao organismo, causando distúrbios por vez mais irreversíveis. O que para a contagiosa necessidade de consumo, proporciona vertiginosamente seu envolvimento com o tráfico.

Pois a de se concluir que essa necessidade desenfreada irá colocá-lo cada vez mais próximo do ilícito do tráfico, dentre as medidas paliativas, um acompanhamento psicológico adequado, freqüentes avaliações de assistência social e o principal ponto, todo um trabalho voltado para sua ressocialização e preparo para o devido cumprimento da sanção imposta, advinda da transação penal a que este ficou adstrito evitando-se também o caráter de reincidência, que se sabe pode advir a qualquer momento.

Mas o que se torna mais importante é tratar o usuário em fase de abstinência com medidas a evitar a interrupção voltada ao livramento definitivo da dependência, pois como já elucidado é o trabalho social que esse individuo poderá prestar a futuras gerações em busca de o não ploriferamento agravante do uso de drogas ilícitas, visto que essa é nossa proposta, o

não ploriferamento vertiginoso do tráfico que flutua a margem da dependência, essa é a verdadeira fonte de crescimento do tráfico ilícito pois advem da dependência química onde o usuário que em grande maioria são indivíduos desprovidos de uma conduta social adequada, e que fazem a ligação entre traficantes e uma gama minorizada de dependentes de poder econômico favorável.

Este misero doente incapaz de manter o vício, se coloca em dois pontos distintos a ligação entre traficantes e consumidores de alto poder aquisitivo, sendo desta forma a grande presa do ilícito e marginalizado perante a sociedade, portanto conclui-se que são enfermos do ultraje repressivo.

Portanto a necessidade da cura do mal como o devido tratamento adequado é de suma importância, a atenção com a retirada desses indivíduos do meio social e o tratamento adequado para poder ser reintegrado no seio social e obviamente curar-se do mal conflitante, grifos nossos.

CAPÍTULO 3 - A LEI DE TÓXICOS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Deve o Estado, manter a regularidade do bom desempenho da sociedade, evitando o quanto possível à intervenção mínima do direito de cada cidadão em sua individualidade respeitando assim o livre arbítrio sem que haja qualquer constrangimento pessoal, a autonomia individual de cada integrante de uma nação para decidir assuntos que não influenciem na vida de outros indivíduos e não violem princípios legais, ou seja, observado que não exista nenhuma ilegalidade, não pode o Estado intervir na vida individual.

Por conseguinte a ordem legislativa infraconstitucional deve seguir critérios para evitar a infração do mandado constitucional que ordena o respeito à intimidade bem como a dignidade da pessoa humana. Como leciona o ilustre Douto Alexandre de Moraes “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na auto determinação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”¹⁰. Conclui-se então, que tratar os dependentes como um marginalizado aplicando a pena privativa de liberdade seria constitucional, visto que, de certa forma, estaria no limite de seu entendimento e determinação.

Entendemos que a legislação penal é um exemplar reflexo de ordem histórico-democrática que vivemos. Assinala MIR PUIG. “A retribuição, a prevenção geral e a

¹⁰ . MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17 ed. Atlas: São Paulo, 2005, p. 16

prevenção especial não constituem opiniões históricas, senão diversos cometimentos que distintas concepções do Estado têm assinalado em diferentes momentos ao Direito penal. Não se trata, pois, de perguntar só pela função da pena, em abstrato, senão de averiguar que função corresponde à pena no Direito penal próprio de um determinado modelo de Estado”.¹¹.

Importante salientar, que o Direito penal não abrange tão somente o caráter punitivista como idealizavam Kant e Hegel. Na verdade, a função primordial da penal adotada, pelo Estado Democrático de Direito, tem o fim de prevenção, e não é um mal ao indivíduo, mas é um bem ao próprio infrator. Ao analisarmos um texto normativo devemos ter em vista a finalidade, e conseqüente eficiência de determinada medida em prol do bem comum.

Conforme afirmação do ilustre professor da pontificia Universidade Católica de São Paulo, Paulo Queiroz: “Nas sociedades contemporâneas, em que, como regra, o papel do Estado e de suas instituições estão previamente definidos pelas constituições promulgadas, as quais, por sua vez, estabelecem os pressupostos de criação, vigência, e execução do resto do ordenamento jurídico, convertendo-se assim, em elemento de unidade, e, em cujos textos já se acham constitucionalizados os direitos e garantias fundamentais, (entre nós, CF, art.5º), o papel do direito e em particular, do Direito penal, está, por conseqüência e em linhas gerais, já constitucionalmente definido, saber quais as funções que se devem creditar ao Direito penal implica assim, saber previamente, as funções constitucionalmente assinalados ao Estado. O perfil do Direito penal, autoritário ou democrático – depende, portanto, da conformação político – constitucional que se lhe dá (ao Estado). Afinal as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência, enfim”.¹²

Não existe justificativas ressocializantes em um mandado de prisão a um usuário, a intenção é meramente punitivista. Se observarmos não haver dano a nenhum bem jurídico alheio, é inadmissível considerarmos perigoso o fato de ser usuário de determinada substância ilícita. Nestes parâmetros o maior foco do Estado seria eliminar o caráter ilícito do indivíduo

¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Reppertor: Barcelona, 1998, pgs. 64 e 65

¹² QUEIROZ, Paulo, *Funções do Direito Penal*, 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pgs. 114 e 115

de forma, que venha coibir a repetição do ilícito. Torna-se desnecessário a prisão deste cidadão, o que não beneficiara a sociedade, tão pouco o delinqüente.

Segundo entendimento de Érico de Oliveira Della Torres: “O sistema carcerário brasileiro encontra-se inflacionado, com cadeias superlotadas, pouca racionalização prática quanto a penalização de criminosos e permeado de técnicas de tortura que viciam a população carcerária e geram um ódio percebido na análise do cotidiano”¹³. Não se justifica, a destinação de usuários ao sistema penitenciário porque está longe de resolver o problema. Uma vez estando afastado da ordem social, fica impossibilitado de ser reintegrado. Encontramos amparo constitucional o art 5º XLVI, d, afirma: “a Lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras as seguintes:”

- 1 – Privação ou restrição de liberdade
- 2 – Perda de bens
- 3 – Multa
- 4 – Prestação social alternativa

Percebe-se, que o pensamento comum caracteriza o crime como aquele que possui penas privativas de liberdade. O que na verdade nem sempre é a forma adequada, portanto esse erro ultrapassa o pensamento comum, abrangendo até mesmo a Legislação. Conforme art 1º da Lei de introdução ao Código penal (Lei 3.914/41); “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Vênia com essa, não parece esta ser a melhor definição.

Há uma inversão de valores, porque a pena não pode ser confundida com o crime, sendo assim, impossível uma conceituação de um a partir do outro. Certo que a pena é uma coercitividade ao crime, porém essa coercitividade não indica identidade. Critica-se a onda a definição porque restringe a idéia de crime pela reclusão ou detenção. Indo de encontro direito com a norma constitucional exposta, a qual define outras formas de penas.

¹³ TORRES, Érico de Oliveira Della. Juizados Especiais Criminais: Dosimetria e Eficácia da Transação Penal. Disponível em http://www.trinolex.com.br/artigos_view.asp?caso=artigos&id=2670 – Acessado em 10/08/2006, às 12:29

Em pensamento do ilustre Jurista Beccaria, a pena seguiria uma proporcionalidade justa e eficaz para o cumprimento da justiça real. “Se o prazer e dor são os motores dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens, mesmo para as mais sublimes ações o invisível legislador incluiu o prêmio e a pena, da sua incorreta distribuição nascerá aquela tanto menos observada contradição, quantos mais comum, segundo a qual as penas punem os delitos a que deram origem. Se uma mesma pena se destina a dois delitos que de forma desigual ofendem a sociedade, os homens não encontrarão obstáculo mais forte para cometer o maior delito se isso se associar uma maior vantagem”.¹⁴ a análise de proporcionalidade seria uma prisão de dois anos para uma pessoa que é dependente de drogas, uma vez que o sistema prisional brasileiro não oferece garantia nem mesmo que essa pessoa fará uso dessas substâncias dentro do presídio.

O art 171 do Código penal prevê “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”. A Lei 6.368/76 prevê que “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 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”. Pelo livre convencimento do Juiz, uma pessoa que simplesmente adquire uma substância deste tipo poderá sofrer uma sanção maior do que alguém que pratique estelionato. Desta maneira, não parece haver uma proporcionalidade real. Percebemos que a lei pública hora vigente na época, atendia uma série de princípios e determinações constitucionais que surgiram do decorrer histórico, além de adequar-se ao sistema sócio-político vigente, o que demonstra uma diferença em relação ao Brasil que conhecíamos em 1976, data da publicação da antiga lei de tóxicos.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas | Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 2 Ed. Revista e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, p. 75

CAPÍTULO 4 - REPRESSÃO OU PREVENÇÃO; QUAL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL ADEQUADO

O contexto sobre as medidas a serem tomadas sobre o uso de drogas ilícitas nos dias atuais, é bastante discutido tendo em vista que por modelos já expostos anteriormente essa visão se desdobra no contexto de uma política repressiva, absolutamente preventiva ou repressivo-preventiva. Sendo que como enfocamos a linha repressiva não obtém os resultados almejados que seria diminuir o tráfico e em consequência o consumo.

Na visão da prevenção, nota-se uma clara evidência de uma política em longo prazo e que não seria a priori uma solução imediata, sendo o que se deve maturar a polêmica entorno da posse para consumo pessoal.

Em nosso entendimento a prioridade deve ser uma política amplamente preventiva, que venha buscar nas experiências estrangeiras objetivo de tentativas não satisfatórias, sendo que o mais evidente e sensato claramente a política preventiva em relação às drogas.

Sendo a educação fator primordial, e que no seio familiar quanto em sociedade pais e professores, assumem a responsabilidade de orientar e conscientizar novas gerações que estão por vir, obvio que o cidadão imprudente na educação de seu próprio filho, não pode esperar, tarefa essa feita pelo Direito Penal e menos ainda das autoridades policiais, que não têm o devido aparato para atenção, ressocialização e compreensão que não seja ao encaminhamento ao sistema prisional.

CAPÍTULO 5 - DESCRIMINALIZAÇÃO “PENAL”, OU DESPENALIZAÇÃO DA DROGA PARA CONSUMO PESSOAL.

Descriminalização “penal”, legalização ou despenalização de droga para consumo pessoal, em relação ao usuário de drogas qual é a decisão político-criminal adotada pelo legislador de 2006; a posição foi de descriminalização, legalização ou despenalização essa indagação ecoa nacionalmente sobre o novo diploma legal. Sendo que por análise chega-se à conclusão que o legislador optou pela (descriminalização), de onde concluímos que a posse para consumo próprio deixou de ser caráter criminoso, o que não deixa de ser considerado como conduta ilícita, afastando assim sobre qualquer aspecto a idéia de legalização.

O ato de descriminalizar não significa legalizar, de onde concluímos que certas condutas continuam a ter o fundamento criminoso, o exposto na Lei penal é que o consumo próprio deixa de ser crime ou infração penal. Existem dois entendimentos para o fator de descriminalização: O que retira o caráter ilícito da conduta mas não importa em legalização, e o que elimina o caráter ilícito do fato, tornando-lhe totalmente legal.

A primeira hipótese é a da descriminalização “penal”, por apenas afastar o fato de incidência penal, mas que continua sendo de caráter ilícito. Na segunda hipótese existe uma descriminalização total, por eliminar totalmente o fato perante o Direito penal.

A descriminalização, pode ser considerada como ilícito penal, o que não significa afastar algum tipo de sanção, o que é contrário na Legalização, onde o fator descriminalizante não é ilícito e concomitantemente fica isento de qualquer sanção. Como exemplo pode-se

citar o consumo de bebidas alcoólicas por adultos, é legalizada não gera nenhum tipo de sanção seja na seara cível, administrativa ou penal.

Despenalizar, têm o propósito de amenizar a sanção penal, com a finalidade de descaracterizar o uso da pena de prisão, mas considerando fático a realidade do crime o caráter da infração penal. A principal diretriz da despenalização consiste na opção de penas alternativas para o fato delituoso. Podemos citar a Lei 9.099/95 dos juizados criminais, que não descriminalizou nenhum ato delituoso, apenas conferiu em seu diploma medidas despenalizadoras, processos estes que procuram evitar ou de certa forma suavizar a pena de reclusão. Ao anglizarmos o “Abolitio Criminis”, a intenção do legislador de 2006 foi expressamente abolir a infração criminosa da posse de drogas para consumo pessoal. Essa infração deixou de ter o caráter criminoso, embora seja considerado um ato ilícito, ato este reprovado pelo direito. Presenciamos aqui o ato da descriminalização penal, contudo não um ato de legalização.

Por força de Lei no Brasil “crime”, é toda infração punida com reclusão ou detenção, seja isolada ou cumulativa ou seguida de multa, com a nova Lei a posse para consumo perdeu o caráter delituoso, visto que as sanções impostas a essas condutas expressas no art. 28 – Lei 111343/06 como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos, excluem definitivamente a possibilidade de reclusão.

Nesses termos a nova Lei de drogas, em seu art. 28 – Lei 11.343.06, aboliu vertiginosamente a conduta da posse para consumo pessoal. Medida essa que eliminou a “infração penal”, porque eliminou a pena de prisão. E na falta desta, inexistente infração penal no Brasil, no tocante a posse para consumo pessoal é inadmissível que se fale em “crime”, nem tão pouco de “contravenção penal”, pelo simples fato de serem aplicadas penas alternativas, abolindo-se definitivamente a pena de prisão.

Anteriormente no Brasil, o sistema era bipartido, ou seja, considerava-se infração penal, seria o fato criminoso em consonância com a infração penal.

Com a nova Lei passou-se a ter um sistema dividido em crime, contravenções e a infração *sui generis*. Destarte, ressaltar que a pena de droga não foi legalizada, mantém o caráter ilícito apenas eliminando o crivo penal, sim, *sui generis*. Assim sendo foge da alçada do ilícito administrativo, porque suas sanções, não são de competência de autoridade administrativa, estas foram outorgadas ao juiz dos juizados criminais, o que nos direciona que não se trata de ilícito “penal” nem “administrativo, é um ilícito *sui generis*.

Com a descriminalização da posse para consumo pessoal, surge no Brasil uma nova modalidade de entendimento em nossa legislação a de tornar o Direito penal mais flexível, principalmente em relação às drogas a tendência de intervenção mínima, restringindo a política severa e repressiva do sistema norte-americano, que há tempos torna-se puramente ineficaz. O que não importa na liberação e incentivo de substâncias entorpecentes, mas coloca o Direito penal em um patamar menos repressor e com tendência a salvaguardar o interesse social e flexibilizar os demais ramos do direito.

Notório que o sistema carcerário, todavia não é o modelo certo para comportar um simples usuário de drogas ilícitas visto que o contato deste com os demais delinquentes de maior incidência criminal, apenas contribui para que o usuário torne-se um indivíduo mais pernicioso, pois seu contato com, ladrões, homicidas, estupradores, e demais criminosos apenas contribuirá para uma incidência maior na visão do crime, pois apesar de toda essa incidência a droga é fator marcante no sistema prisional brasileiro pois deste nunca deixou de estar presente.

5.1 - DIREITO JUDICIAL SANCIONADOR

Ao partirmos do princípio de que a posse de droga para consumo pessoal, não se trata mais de crime e nem contravenção penal, certo afirmar que tal fato não é de competência do Direito penal, coerente dizer que as novas medidas relacionadas ao usuário ficam adstrita ao direito judicial sancionador.

Não existe mais o vínculo ao Direito penal, direcionado na pena de prisão. Diz-se judicial porque as medidas estipuladas no art 28 – Lei 11.343/06, são aplicadas pelo juiz, se

diz sancionador porque as medidas alternativas divergem da pena aplicada no Direito penal, que quando impostas em transação penal, tiram o caráter de cobrança da reincidência e antecedentes. Não têm caráter de infração administrativa, devido às punições do art 28 estarem adstritas ao juiz, sem intervenção de autoridade administrativa.

Numa análise sucinta não sendo de competência do Direito penal e nem tão pouco do Direito administrativo, concluímos que nasce um novo direito, de caráter apenas sancionador. Desta forma não se condiciona ao Direito penal, porque seu cunho coercitivo não possui os mesmos efeitos da condenação penal. Assim sendo o art 28 – Lei 11.343/06, toma posicionamento de um direito judicial sancionador.

De grande relevância lembrar que, as cominações retratadas no art 28 – Lei 11.343/06 da nova Lei de Tóxicos, nos leva a um político-criminal de grande análise. Pelo motivo da descriminalização penal ser uma inovação, direcionando-nos de que a Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, não era admitido sobre nenhuma hipótese às penas alternativas, o que nos leva a compreensão que no Direito Penal clássico a cominação era de prisão, o que restringia um dos bens mais relevantes do ser humano, sua liberdade individual, tal motivo é notório pois o direito judicial sancionador desestabiliza toda essa consequência jurídica à sanção e que este não envolve a pena de prisão.

5.2 - CRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO

Antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, dos juizados especiais, era impossível se falar em descriminalização, visto que pelo art 16 da lei 6.368/76, o consumo e posse de droga era considerado como conduta criminoso, cuja pena era de seis a dois anos de detenção. Além de ser expressa como problema de “polícia”, que dessa forma levava muitos indivíduos ao sistema prisional imputando-lhes a conduta de criminosos.

Com a Legislação dos juizados especiais Lei 9.099/95 em seu art 89, admitiu-se pela primeira vez a suspensão condicional do processo, motivo pelo qual surgiu à primeira possibilidade de despenalização ao consumo e posse de drogas ilícitas, afastando o rigor penal

mas não retirando o ilícito criminoso do fato. Após a entrada legal da Lei 10.259/2001, aprimorou-se mais profundamente a conceituação de infração de menor potencial ofensivo, para os delituosos apenadas com até dois anos; o que caracterizou ainda mais a possibilidade de despenalização em relação à Lei 6.368/76, passando assim a competência para os juizados criminais. Com o advento da Lei 11.313/2006, que deu nova possibilidade coercitiva aos delitos com infração de menor potencial ofensivo bem como todas contravenções apenadas com o máximo não excedente de dois anos, mesmo com o advento dos três diplomas, deixaram irretocáveis o art 16 da Lei 6.368/76 mantendo irretocável o fato criminoso.

A tipicidade aludida no art. 16 - Lei 6.368/76 não deixou de ser “crime”, levando entretanto a um rigor mais tolerável a resposta penal, denominado despenalização. Com a Lei 11.343/2006, foi descartada a pena de prisão para a posse de droga para consumo pessoal, deixando este de ser um ilícito “criminoso”, atendendo as exposições do art.28 – Lei 11.343/06, que não prevê reclusão nem multa, ao que chegamos à conclusão da descriminalização, que para o legislador brasileiro, resulta em uma política-criminal minimalista ou seja a intervenção mínima do Direito Penal.

5.3 - DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

O art. 16 da Lei 6368/76, trouxe previsão da conduta ora expressa no art.28 da Lei de tóxicos com a seguinte previsão: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: pena-detenção, de seis meses a 2 anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa.”

Enquanto expressa pela Lei no respectivo art.16 – Lei 6368/76 em razão de detenção, era considerado “crime”. Sendo que a cominação legal desse artigo era de competência dos juizados criminais, obviamente ninguém era preso pela infração de determinada conduta, pelo novo texto Legal o art.28 – Lei 11.343/06 já não se comina a pena de prisão. Como exposto anteriormente pelo art.27 – Lei 11343/06, o fato deixou de ter um caráter criminoso. Desta forma surgiu à descriminalização “penal” (*abolitio criminis*), sem

que houvesse uma regulamentação legal. O art.16 – Lei 6368/76 foi descriminalizado, porém a posse da droga deixou de ter caráter legal. Pela nova Lei a posse de droga para consumo pessoal não é mais condicionada à pena de prisão. Segundo art.28 – Lei 11.343/06 expressamente sancionada às penas alternativas, a serem culminadas pelos juizados criminais, o que ocasionou o suprimento legal da pena de prisão, concomitante as penas cominadas para a posse e consumo pessoal de drogas adquirem o caráter de não se elevar à questão em “crime” ou “contravenção penal”, porque o art.28 – Lei 11.343/06, traz em seu entendimento uma nova modalidade de infração nas palavras do grande mestre Luiz Flávio Gomes, “Uma infração *sui generis* ou uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal”.¹⁵

Nesses moldes a infração *sui generis*, foge da seara do Direito penal como exposto anteriormente com fundamento voltado para a pena de prisão. Seu fundamento constitui em uma política de direito judicial sancionador, que tão somente trata de penas alternativas que devem ser aplicadas por juizes dos juizados criminais, abandonando as tradições do Direito penal, sanções voltadas para antecedentes e reincidência penal.

¹⁵

O uso descriminalizante aqui representa o fato de que a lei seja mais benéfica e não que ela seja descriminalizadora em seu sentido formal.

CAPÍTULO 6 - DAS CONDUTAS, SUJEITOS E OBJETO JURÍDICO

Pelo art.16 da Lei 6.368/76, três eram as condutas incriminadas: adquirir, guardar ou trazer consigo, atualmente são cinco essas condutas.

1 – Adquirir: Tem seu significado no ato de comprar, adquirir propriedade, sem importar a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, a prazo, em dinheiro ou cheque.

2 – Guardar: o ato de ocultar, esconder o objeto ilícito, não revelar a sua posse, manter clandestinamente características do verbo “guardar”.

3 – Ter em depósito: Ter disponibilidade e alcance sobre a droga, podendo colocá-la ou não ao público ainda sem importar o local em que se deposita.

4 – Transportar: Deslocar, de um local para outro, sem importar a vontade do agente, consuma-se o ato para uso próprio ou faz para uso de terceiros.

5 – Trazer consigo: Condiz que a todo o momento o acesso é sempre acessível, não importando o local, importante ressaltar que o objeto possa estar ; no bolso, carteira, mala, mochila etc.

Os sujeitos da conduta podem ser quaisquer pessoas, para questão do menor de dezoito-anos, as normas a serem observadas são as do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas sócio-educativas são cominadas neste estatuto a serem adotadas para o menor, conforme art.28, que não aplica sanções mais graves em se tratando destes infratores, fica evidente que se ao próprio adulto as medidas cominadas são as do referido artigo estas também aplicam-se na questão do menor.

Por determinação da legislação entendemos encontrar duas normas relacionadas ao objeto jurídico são elas a norma primária ou conduta, ao qual seu objetivo abrange a toda sociedade que em seu desdobramento dividi-se em dois preceitos primário e secundário, o preceito primário diz o caráter ilícito: “proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, ainda que para consumo pessoal”. O preceito secundário resguarda a punibilidade: “pena de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Destarte lembrar que a primeira parte do artigo, dirigida ao caráter ilícito deva ser observado por todos, pois no caso de infringência, certamente a sanção respectiva terá incidência evitando que a infração seja repetida.”

6.1 - OBJETO MATERIAL DA INFRAÇÃO

O objeto da infração exposto no art.28 são as drogas. Que dispostas no art.66 da nova legislação, caracterizam-se por substâncias entorpecentes, psicotrópicas, capazes de levar ao descontrole físico-emocional, previstas na portaria do SUS/MS 344, de 12 de Maio 1998, conforme entendimento do art.66 do novo diploma em vigor.

A infração exposta no art.28, não se trata de crime nem tão pouco contravenção penal. De forma que seu entendimento deve ser classificado como infração “em branco”, motivo pelo qual têm caráter de infração incompleta, pelo motivo de exigir uma complementação normativa, sendo necessário uma complementação de outra norma que venha preencher seu teor valorativo. Fato pelo qual torna-se necessário buscar em um diploma que não seja da alçada penal, como no caso em tela da ANVISA “Agência Nacional de Vigilância Sanitária”, órgão este pertencente ao Ministério da Saúde.

Essa exegese, vinda do Executivo é heterogênea. Se a substância deixar de ser cominada como tóxica. Impossível torna-se provar a materialidade da infração. O que automaticamente leva à absolvição do agente, visto que tal substância não se encontra nas listas da ANVISA, impossível se falar em infração. A lei em branco necessita de dois textos normativos: O de caráter da esfera legislativa, outra de poder distinto para complementá-la como o executivo, na ausência de qualquer um destes textos a infração é levada à atipicidade, contudo fora de qualquer diploma legal dar-se-á abolitio criminis.

Considerada típica a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga considerada ilícita, aquela considerada ilegal e em desconformidade com a regulamentação, essa desconformidade e regulamentação é constatada pela autoridade judicial. do livre convencimento do juiz analisar cada caso para o convencimento da existência ou não da autorização. Todo auto convencimento do juiz é levado a uma valoração normativa.

6.2 - NULLA POENA SINE IUDICIO

Toda pena imposta no art.28 – Lei 11.343/06, deverão ser aplicadas em conformidade com o devido processo legal “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, Constituição Federal, art. 5º, LIV, portanto as penas cominadas no diploma vigente, deverão ser apreciadas pelo disciplinado no art. 60 e 55. da Lei 9.099/95 e caso não haja consenso será submetido ao procedimento sumaríssimo dessa mesma Lei.”

Mister se faz observar que a competência para aplicação das penas do art.28, da nova Lei de entorpecentes será do juiz dos juizados criminais. Evitando desta forma que o usuário não passe pelo crivo do Delegado de Polícia. Deverão ser encaminhados diretamente aos juizados, mas como não existe plantão nestes juizados, o caso será levado para a delegacia, onde será lavrado o TCO, termo circunstanciado de ocorrência.

Mas de forma alguma imposta a prisão em flagrante delito. A prisão em flagrante não existe mais diante da figura do usuário. Logo após o TCO será enviado aos juizados, na eminência de uma composição a transação penal, caso haja concordância do agente. Em caso de não haver transação procede-se ao procedimento sumaríssimo dos juizados, observando-se sempre que a ação penal é pública incondicionada, cabendo ao ministério público oferecer denúncia, escrita ou oral.

6.3 - RETROATIVIDADE DA NOVA LEI

No tocante a sucessão de leis penais, ou o conflito de leis penais no tempo, se ancoram em dois princípios básicos: 1) Irretroatividade da Lei penal nova mais severa; 2) retroatividade da Lei penal nova mais benéfica, ou seja ela não retroagirá, induzindo pro réu, somente para beneficiar o réu (art. 5, XL, da CF).

Tendo em vista, claro fica que o art.28 do novo diploma é muito mais benefício para o agente que o antigo art.16 da Lei 6.368/76, que cuidava da mesma temática.

Pelo art.16 da Lei 6.368/76 tratava-se de um delito o qual era punido com pena de detenção. Sendo que toda prática das infrações era encaminhada aos juizados. Sendo que nos juizados criminais a óptica é mais severa que a nova Lei.

Temos como exemplo que: Nos juizados, se chegar a termo uma transação penal, não admite possibilidade de deferimento no decorrer de 5 (cinco) anos. Pela nova Lei isso não ocorre, nada obsta uma nova transação, evidenciando não haver impedimento para uma nova transação, no tocante à possibilidade em que a nova Lei é benéfica, retroage.

Se o agente não cumprir determinada transação penal, o entendimento da jurisprudência do STJ e do STF é possível oferecimento de denúncia, mesmo sendo ainda questionável, esse entendimento por tais tribunais. Pela nova Lei o descumprimento de uma nova transação penal, não permite denúncia, sendo esse novo motivo em que a Lei terá retroatividade, por oferecer mais benefício ao agente na nova Lei fica vedado à aplicação do art.45 do CP, conversão da pena restritiva de direitos em prisão. A nova Lei trouxe nova regulamentação sobre o problema, nessa área têm incidência o art.45 do CP (Lei especial derroga Lei geral).

CAPÍTULO 7 - SEMEAR, CULTIVAR OU COLHER PLANTAS TÓXICAS

Pelos arts. 16 e 12, parágrafo 1º,II, da antiga Lei de tóxicos 6.368/76, não havia um critério definido de entendimento sobre o correto enquadramento típico da conduta sobre semear, cultivar ou colher plantas tóxicas (aquelas com finalidades, visando à preparação de quantidade mínima de substância física ou psíquica).

Haviam três modalidades definidas: a) a tipicidade do delito referente ao art.12, parágrafo 1º,II, da antiga Lei, era de que independentemente se tornava a intenção do agente se a pena uso ou para auferir vantagens com a venda a terceiros; b) O delito era expresso nessa norma legal, em relação ao agente que "plantava, semeava ou colhia, para uso próprio, a pena cominada não era à prescrita no art. 12, Parágrafo 1º,II, mas, a do art 16, Segundo Luiz Flávio Gomes," O fato era atípico ¹⁶.

Essa antiga concepção, finalmente encontrou amparo legislativo de forma suscinta e adequada no parágrafo 1º do art.28 do novo diploma, que entende a modalidade de semear, cultivar ou colher plantas tóxicas para consumo pessoal.

Como requisito subjetivo especial do agente que delimita semear, cultivar ou colher plantas tóxicas para consumo pessoal um paradigma, de outro lado distinto da modalidade voltada para o tráfico. Notório é a interpretação de nosso legislador merecendo elogios, pois diverge o entendimento equiparar uma plantação extensa de maconha do cultivo

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio, Nova Lei de drogas comentada, editora Revista dos Tribunais, p. 130, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 140.

ou colheita de um simples pé de maconha para consumo próprio, mister se faz o entendimento que merecem observações diferenciadas.

7.1 - CONSUMO PESSOAL OU TRÁFICO

Existem duas formas distintas para decisão legal do agente envolvido com a posse ou porte de drogas, para o devido entendimento sobre a qualificação de usuário ou traficante: a) quantificação legal, onde pelo quantum diário para seu consumo pessoal; não há de se falar em tráfico; b) A forma pela qual a autoridade judicial ou policial analisam cada caso e decidem sobre a forma adequada e consciente o enquadramento tipificado.

Mas no contexto a última palavra será sempre a judicial, mas mediante o reconhecimento do flagrante por parte da autoridade policial, deverá distinguir a condição entre usuário ou traficante.

No sistema legal brasileiro o critério do reconhecimento é da autoridade judicial ou policial, assim sendo cabê a estas autoridades o reconhecimento da distinção da droga se para uso pessoal ou para tráfico. Tal reconhecimento encontra todo um aparato legal e criterioso, entendemos haver uma apreciação subjetiva do juiz, sendo que os dados serão sempre objetivos. De cada autoridade, é condicionada uma fundamentação convincente com base nos fatos provados, espera-se nesses fatos, que haja o devido enquadramento típico do fato, conforme parágrafo 2º em análise, a Lei faz menção tão somente ao juiz. Mas é comprovada, também a autoridade policial a competência de discernimento entre usuário e traficante, com base no art 28 ou 33 mediante a possibilidade de prisão em flagrante por falta de autoridade judicial, fazendo com que mediante o conhecimento do fato pela autoridade policial, a quem terá a competência da distinção entre usuário ou traficante.

O novo diploma legal estabelece uma série de critérios, para a abordagem e destinação da droga ao consumo pessoal, dentre eles a natureza e quantidade da droga apreendida, bem como o local e as condições onde se desencadeou a ação, critérios de conduta sociais e pessoais do agente.

Em outros termos de grande importância o reconhecimento do objeto material delituoso, sua natureza e quantidade, o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu), como dito anteriormente o conhecimento fático do agente no que corresponde sua conduta e antecedentes.

Relevante o entendimento sobre a qualificação do objeto droga, "pesada" (cocaína, heroína, craque) ou leve (maconha); destarte também o conhecimento no tocante a quantidade dessa droga; a referência sobre seu consumo diário considerado; localidade e circunstâncias da apreensão se zona típica de tráfico ou não; as condições da prisão; qualificação profissional do sujeito etc.

Em relação à quantidade da droga, não existe regra específica determinante. Obviamente se devido apreensão supunhamos de uma tonelada de cocaína ou de maconha caracteriza-se a traficância, destinando essa a consumo de terceiros. Existe possibilidade entretanto, de certas quantificações que impedem uma conclusão definitiva.

Serão critérios de avaliação quantitativa, aquelas definidas em Lei. O *modus vivendi* do agente é um paradigma necessário, qual sua fonte de receita? Sucessivamente toda sua condição social e sinais marcantes que levam ao enriquecimento ilícito, todas essas verificações tornam-se necessárias à obtenção da definição jurídica do fato.

7.2 - DURAÇÃO MÁXIMA DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DO ART. 28 DA LEI 11.343/06

Em se tratando das medidas alternativas aplicadas conforme o art.28, esta não poderá exceder ao prazo máximo de 5 meses como já mensuráveis, será a prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo. Fica desta forma o juiz adstrito como se nota com uma margem de atuação previamente definida não podendo exceder ao limite de 5 meses, salvo se por reincidência.

Nosso Código penal preceitua como reincidência, a quem pratica nova infração após ter cometido nova infração precedente a uma condenação.

A condenação definitiva é a anterior ao novo fato procedente, sendo dessa forma indispensável para que se ocorra à reincidência que é conceituada no parágrafo 4º do aludido artigo que se diverge da reincidência de nosso Código penal, o que têm o sentido de incidir novamente na infração do art. 28, que é o fato de ser surpreendido novamente como usuário.

O parágrafo 4º do art. 28, especifica, se o sujeito foi condenado em definitivo pelo art. 28 da nova Lei ou mesmo art. 16 da Lei anterior 6.368/76, ao aceitar a transação penal pelo fato cometido, e logo após vêm a praticar alguma conduta delitiva prevista no art. 28 da nova Lei. Trata-se de um usuário reincidente. Para ele as penas do art. 28 serão duplicadas, ou seja, passarão de 5 meses para o máximo de dez meses.

Fica especificado que se o agente cometeu qualquer outra conduta delitiva, de cunho diferente como por exemplo: furto, roubo, homicídio, não haverá nenhuma ligação ao previsto no fato descrito no art. 28, em nada será prejudicado em virtude de condenação anterior, o motivo de condenação por outro crime previsto como posse de drogas, não impede a aplicação das penas do art. 28. Assim sendo incorrerá nas penas do art. 28 e poderá cumprir no máximo de cinco meses e se reincidir na posse de droga pra consumo pessoal, irá ocorrer o aumento da pena específica do artigo que será de dez meses.

7.3 - MEDIDAS TEMPORALMENTE MENSURÁVEIS

Na redação do art. 28, encontramos as medidas temporalmente mensuráveis são elas: prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo. O aludido parágrafo 4º do artigo em exegese não incide na advertência, sendo esta a primeira medida alternativa do art. 28.

Aplica-se as sanções alternativas mensuráveis, caso haja natureza como já aludido pelo prazo máximo de dez meses. Ficando ao critério do juiz fixar a sanção por mais cinco meses que poderá variar entre seis a dez meses fato esse adstrito ao seu livre convencimento.

Existe ainda a possibilidade do usuário ser multi reincidente, essa possibilidade não poderá de forma alguma criar uma sanção mais severa, em virtude de que o art. 28 da nova Lei de tóxicos a taxatividade é de dez meses no máximo, porque o usuário de drogas no

Brasil passou a ter tratamento jurídico específico. O que importa a exclusão da pena de prisão, mesmo sendo este multi reincidente não poderá cumprir mais que dez meses de sanção.

Tratando-se das medidas cabíveis ao art. 28, temos a modalidade de prestação de serviços à comunidade, essa medida é diversa da modalidade em relação ao agente preso. Visto que o recluso não pode cumprir essa medida, pois esta é uma atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. Essas tarefas devem estar adequadas às aptidões desse condenado (art. 46, parágrafo 3º, do CP); nunca poderá o juiz ultrajar esta regra a de se conhecer a aptidão do agente e aplicar-lhe a medida de acordo com sua aptidão, sendo razoável na medida.

A tarefa deve obedecer a um critério não ofensivo visando salvaguardar a dignidade da pessoa, princípio da proibição da pena indigna. Destarte lembrar, que esta prestação de serviços à comunidade, não irá gerar nenhum vínculo empregatício. É tão somente uma pena alternativa prevista na Lei de drogas, ou seja, uma sanção imposta ex vi legis não gera relações trabalhistas.

7.4 - TEMPO DE CUMPRIMENTO

A forma de cumprimento da prestação de serviços à comunidade segue os mesmos tramites do Código penal: uma hora de prestação diária ao agente, perfazendo um total de trinta horas mensais; de forma que dependendo da condenação se de seis meses deverá o agente cumprir um total de cento e oitenta horas. Se a prestação de serviços comunitários tiver o caráter de pena substitutiva (CP, art.46), só poderá ser aplicada caso a sanção seja superior a seis meses.

Quanto ao local da prestação da medida, ficará adstrita ao juiz da vara de execuções, que poderá optar por variadas entidades as quais possa o agente cumprir ordenadamente a sanção imposta, de grande relevância grifar que a assistência a entidades educacionais no que se refere a programas de cunho preventivo a gerações futuras, mostra-se aqui de grande valia quanto à diminuição do consumo em longo prazo, forma esta de tentar recuperar usuário socialmente e em contrapartida evitar a disseminação do uso por jovens em formação educacional.

CONCLUSÃO

Ao final, de nosso trabalho, concluimos entender a ordem legislativa como uma grande evolução em relação ao Direito criminal no tocante a drogas ilícitas e psicotrópicas. Entendemos que a Lei 6.368 de 1976, foi publicada em tempos de um sistema governamental, repressor e ditatorial. A sociedade brasileira evoluiu vertiginosamente, a ponto de que alguns diplomas legais não condizem com a ordem constitucional em vigor e com nosso atual sistema governamental. Nas palavras de Reale “O direito é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo”.¹⁷

Assim sendo, o objetivo primordial do direito é, dar ênfase as transformações sociais que o norteiam, sob grande possibilidade de se manter desatualizado de seu ponto principal, precisa-se de justiça, mediante determinadas ações ineficazes para conduta social.

Fica externado nosso parecer, que a Lei 11.343 de Agosto de 2006, vêm proteger a necessidades sociais da atualidade brasileira. Tendo um caráter de uma política criminal de intervenção mínima e ao mesmo tempo forte em ações realmente anti-sociais.

¹⁷

REALE, Miguel, *Lições Preliminares do Direito*. 27 ed. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 14

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] REALE Jr. Miguel, Instituições de Direito Penal: Parte Geral, volume I. 1 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002.
- [2] MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17 ed. Atlas: São Paulo, 2005, p.16
- [3] MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: Parte General. 5 ed. Reppertor: Barcelona, 1998, pgs. 64 e 65
- [4] QUEIROZ, Paulo, Funções do Direito Penal, 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pgs. 114 e 115
- [5] TORRES, ?rico de Oliveira Della. Juizados Especiais Criminais: Dosimetria e Eficácia da Transação Penal. Disponível em <http://www.trinolex.com.br/artigos-view.asp?icase=artigos&id=2670>
- [6] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas/ Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 2 ED. Revista e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo:,1997, p.75
- [7] COELHO, Edihermes Marques, Manual De Direito Penal, 1 ed. Juarez de Oliveira Ltda: São Paulo, 2003, p.16
- [8] COELHO, Edihermes Marques. Op. Cit.,p.16
- [9] Gomes, Luiz Flávio, Nova Lei de Drogas Comentada, ed. Revista dos Tribunais, p.130
- [10] REALE, Miguel, Lições Preliminares do Direito. 27 ed. Saraiva: São Paulo, 2005, p.4