

**CENTRO TECNOLÓGICO BRASILEIRO/AVM
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PODER JUDICIÁRIO COM
ÊNFASE EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.**

RICARDO SOUZA COSTA

**ASPECTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS APÓS
ADVENTO DA LEI 11.343/06**

**BRASÍLIA/DF
2013**

RICARDO SOUZA COSTA

**ASPECTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS APÓS
ADVENTO DA LEI 11.343/06**

Artigo apresentado ao Centro Tecnológico Brasileiro como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduado em Poder Judiciário com ênfase em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Sidio Rosa de Mesquita Júnior.

**BRASÍLIA/DF
2013**

RESUMO

O presente artigo tem como objeto analisar os aspectos da descriminalização das drogas e as principais alterações advindas com a Lei 11.343/06, especialmente em seu Artigo 28. Antes de sua vigência, a Lei 6.368/76 previa a aplicação de pena privativa de liberdade ao agente que praticasse qualquer das condutas do artigo 16. Doravante, o Artigo 28 do novo diploma excluiu essa possibilidade passando a cominar penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Além de consultas à Jurisprudência, a metodologia utilizada baseou-se em bibliografias de doutrinas sobre o tema, entre elas a de Renato Marcão (2011), Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel (2007) e Damásio de Jesus (2010).

Palavras-chave: descriminalização, alterações, artigo 28, penas.

SUBSTRACT

This article aims at analyzing aspects of drug decriminalization and the main changes introduced by the Law 11.343/06, especially in its Article 28. Before his term, Law 6.368/76 provided for the implementation of deprivation of liberty to the agent who practiced any of the ducts Article 16. Henceforth, Article 28 of the new law excluded this possibility through the feathers cominar warning about the effects of the drug, provision of community service and attendance at an educational program or educational course. In addition to consultations to Jurisprudence, the methodology used was based on doctrines of bibliographies on the subject, among them Renato Marcão (2011), Roberto Carlos and Bacila Paulo Rangel (2007) and Damasio of Jesus (2010).

Keywords: decriminalization, amendments, Article 28 feathers.

SUMÁRIO

1. Introdução-----	06
2. A questão da descriminalização-----	06
3. Alterações introduzidas com a nova lei-----	09
4. <i>Abolitio criminis</i> -----	11
5. Configuração de crime-----	11
5.1. Adquirir -----	13
5.2. Guardar-----	13
5.3. Ter em depósito -----	13
5.4. Transportar-----	13
5.5. Trazer consigo-----	14
6. Consumação e tentativa-----	14
7. Das Penas e medidas-----	15
8. Considerações finais -----	17
9. Referências bibliográficas-----	18

1. INTRODUÇÃO:

Com a nova lei de drogas, Lei nº 11.343/06, especificamente em seu artigo 28, trouxe nova discussão a respeito do tratamento penal a que sujeito o usuário de drogas ilícitas.

O presente trabalho versará sobre o artigo 28, da lei em vigor, analisando a questão da descriminalização diante do novo tratamento penal dado às condutas contidas no tipo penal, as alterações que foram introduzidas na norma e possível indicação de abolição do ilícito penal.

Serão discutidas para a configuração da figura típica as condutas previstas no tipo penal, bem como avaliar as hipóteses de consumação. Neste contexto, abordar-se-á qual espécie de pena ou medida aplicada, o fenômeno da despenalização ou a descaracterização do crime de posse de droga que não o fim de traficar.

Desta forma, visa-se concluir, por meio de análise doutrinária, jurisprudencial e legal, o novo tratamento dado a casos que envolvem a posse de drogas para o consumo pessoal.

Para tanto, no primeiro capítulo, cuidou-se da questão da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Em seguida, tratou-se das alterações introduzidas no tipo penal. Abordou-se, no terceiro capítulo, se ocorreu ou não a *abolitio criminis* em relação às condutas outrora reguladas no artigo 16 da Lei nº 6368/76. A configuração da ação típica foi objeto do quarto capítulo e seus subtítulos. A consumação e a tentativa, bem como as respectivas penas foram abordadas nos capítulos seguintes, quinto e sexto.

Conclui-se, portanto, que o usuário de drogas ilícitas não deve ser tratado como delinquente, levantando, a par disso, divergências doutrinárias e jurisprudenciais em virtude da exclusão da pena privativa de liberdade.

2. A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO:

Uma das questões propostas surgidas com o advento da nova Lei Antitóxicos determina saber se ocorreu ou não descriminalização, conforme as condutas reguladas no artigo 28 (*caput* e § 1º). A propósito, Luiz Flávio Gomes escreveu sobre o assunto. Entende o jurista que “o legislador aboliu o caráter

‘criminoso’ da posse de drogas para consumo pessoal” (2006, p. 109), argumentando seu convencimento no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, em seu artigo 1º, dispõe que:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativamente ou cumulativamente. (2006, p. 109).

Segue o jurista:

Ora, se legalmente no Brasil ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isoladamente ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser ‘crime’ porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – artigo 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras, a nova Lei de Drogas, no artigo 28, descriminalizou a conduta de posse de drogas para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de ‘infração penal’ porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no nosso País. E completa: “Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis* [...] Houve descriminalização, legalização ou despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal? A resposta que prontamente devemos dar reside a primeira alternativa (descriminalização). A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime (no sentido técnico). De qualquer modo, a conduta descrita continua sendo ilícita (uma infração). Isso significa que houve tão somente a descriminalização, não concomitantemente a legalização. (2006, p. 110)

Em princípio, o citado autor parece estar com a razão. Todavia, referida análise não deve partir do ponto de vista formal, levando-se em conta a premissa da pena privativa de liberdade como pressuposto para eleger se determinada conduta se enquadra ou não no ilícito penal. Assim, não se pode olvidar que referida Lei de Introdução do Código Penal foi editada na década de 40, cuja concepção de crime inexoravelmente passava por tal premissa.

Com efeito, a muito o legislador pátrio vem optando, por questão de política criminal, despenalizar algumas condutas, como ocorre com delitos de menor potencial ofensivo. Apesar de previsão de pena de prisão, via de regra, dificilmente, em casos tais, o agente sofrerá privação de sua liberdade, embora formalmente previsto.

A propósito, Damásio de Jesus, defende:

Cuidar-se de crime do ponto de vista formal e material. Sob o aspecto formal, a definição contida no artigo 1º da LICP encontra-se defasada. Desse modo, não cabe falar em ilícito *sui generis* invocando o vetusto dispositivo legal. Afirmar que as leis penais do século devem amoldar-se ao conceito da Lei de Introdução ao Código Penal significa conferir a ela caráter normativo superior, algo do qual ela é desprovida. Do ponto de vista material, a subsistência do caráter criminoso da conduta se justifica pela lesão ao bem jurídico tutelado na norma, qual seja, a saúde pública. A Lei não pune, com efeito, o consumo da droga, incrimina-se, tão somente, o ato de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo (para o consumo pessoal) drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nessas situações, o comportamento do agente vulnera o bem tutelado na norma incriminadora. 3 (2010, p. 53-54).

Corroborando o entendimento de que não houve a descriminalização, Renato Marcão diz que não afasta o enquadramento da conduta como crime ou contravenção a não previsão de pena privativa de liberdade. Tanto é assim que Lei Antidrogas (11.343/06) aponta expressamente que as condutas do artigo 28 e seu § 1º são típicas e antijurídicas (2011, p.71)

A respeito, a 1º Turma do Supremo Tribunal Federal cuidou do assunto pela primeira vez em fevereiro de 2007, ao apreciar o RE 430.105-QO/RJ, cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence. Eis o entendimento:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o artigo da Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado Recurso Extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos Juizados Especiais para processar e julgar conduta capitulada no artigo 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade da conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o artigo 1º do Decreto-Lei 3.914/91 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a nova Lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei

9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário". (DJU de 27 de abril de 2007, p. 69. *Informativo* n. 456).

Portanto, congruente com os entendimentos de Damásio de Jesus e Renato Marcão acima esposados, houve, em verdade, despenalização e não descriminalização, entendendo o Pretório Excelso que outros critérios, além daqueles previstos na Lei de Introdução ao Código Penal, podem ser adotados por Legislação superveniente.

Em linha de conclusão, nesse sentido, nossa norma maior, a Constituição Federal de 1988, prevê de modo exemplificativo cinco espécies de penas, autorizando, aliás, o legislador ordinário a adotar outras, revelando, pois, que a privação da liberdade não norteia mais o sistema penal brasileiro.

3. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS COM A NOVA LEI:

O atual tipo penal que criminaliza a posse de drogas para uso próprio acrescentou dois verbos relativamente à lei anterior, lei 6.308/76, atingindo o tipo penal para quem "adquirir, guardar, tiver em depósito, portar ou trazer contigo" a droga para o consumo pessoal (BACILA *et all*, 2007, p. 44) .

No § 1º existem outras três condutas, quais sejam: semear, cultivar ou colher. Houve, portanto, considerável aumento das hipóteses de incidência típica (MARCÃO, 2011, p. 73).

Foi mantido o especial fim de agir em relação à conduta regulada no caput, sendo necessária a destinação para uso próprio. Com relação à figura do §1º, na mesma direção, exige-se que esteja agindo visando seu consumo pessoal, e que a plantação seja destinada à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (MARCÃO, 2011, p. 74).

Já não há qualquer possibilidade de aplicar pena privativa de liberdade em se tratando de "porte" para uso próprio, como também para o novo tipo "plantio" (artigo 28, § 1º). Antes era cominada pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa para o crime do art. 16, lei 6.308/76. O verbo plantar só estava previsto na tipificação de tráfico, com a pena correspondente no artigo 12, §1º, da mesma lei. Agora, para as duas modalidades

típicas (artigo 28, caput e §1º), as penas são as seguintes: advertência sobre os efeitos da droga (inciso I), prestação de serviços à comunidade (inciso II) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inciso III) (MARCÃO, 2011, p. 74).

A individualização formal das penas está regulada nos §§ 3º e 4º. Na pena de advertência, por razões óbvias, não é possível estabelecer mínimo e máximo. Já no tocante às penas de prestação de serviços (inciso II) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inciso III), serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, e em caso de reincidência serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses (MARCÃO, 2011, p. 74).

O § 5º indica os locais em que deverão ser cumpridas as penas de prestação de serviços à comunidade. E o § 6º institui inovação no campo da execução de penas decorrentes da prática de infração prevista no artigo 28, caput ou §1º. Está estabelecido que, no caso de descumprimento injustificado de qualquer das penas aplicadas, o juiz deverá impor, sucessivamente, as medidas de admoestação verbal e multa. Ambas constituem verdadeiras medidas educativas de natureza coercitiva para fazer cumprir a pena originária (MARCÃO, 2011, p. 74). Não se trata de repreender o agente pelo ato, mas de alertá-lo a respeito dos efeitos maléficos da droga para sua saúde, sua qualidade de vida e sua relação com a comunidade à qual pertence.

O § 7º tem explícita relação com a política de redução de danos adotada em relação ao problema das drogas, e fixa que o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde para tratamento especializado, sendo uma medida exclusivamente terapêutica. Desta forma, não se importará prisão em flagrante àquele que praticar qualquer das condutas elencadas no artigo 28, caput ou §1º (MARCÃO, 2011, p. 75). No mesmo sentido, não se aplica às figuras típicas definidas neste a lei de crimes hediondos (lei 8.072/90), pois não se enquadram na qualificação de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (DE JESUS, 2010, p. 57).

Para as condutas contidas neste artigo, o procedimento adotado é o do Juizado Especial Criminal, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos artigos 33 a 37 da lei (artigo 48, § 1º, da lei 11.343/06) (MARCÃO, 2011, p. 75)

4. ABOLITIO CRIMINIS:

O doutrinador Renato Marcão reporta-se à questão, segundo o qual, a leitura apressada do artigo 28 da Lei 11.343/06 pode levar à conclusão equivocada no sentido de que ocorreu *abolitio criminis* em relação às condutas então reguladas no artigo 16 da Lei nº 6.368/76. (2011, p. 68)

Com uma análise mais atenta e cuidadosa, prossegue o autor, percebe-se que ao invés do que pode sugerir a visão desatenta, ocorreu na verdade foi a ampliação das hipóteses de conformação típica e considerável abrandamento punitivo. É o que se vê no julgado do TJSP, Ap. Orlando, de 12 de março de 2007, v.u., RT 862/575:

“A Lei 11.343/06 não ocasionou a *abolitio criminis* da conduta delituosa do uso de substância entorpecente, uma vez que a nova Lei Antidrogas passou apenas a prever para este tipo de injusto penas alternativas, conforme depreende da leitura de seu artigo 28”. (2011, p. 68).

Vê-se, pois, que o legislador pátrio não pretendeu retirar a natureza do injusto penal na conduta do agente. Apenas que, a despeito de típica, por questão de política penal retirar de vez a possibilidade de privação da liberdade, o que, aliás, já vem sendo, na prática, aplicado pelos Juízes e Tribunais após o advento da modificação do Código Penal, no capítulo das penas, com a Lei nº 9714/98, bem como a partir da Lei nº 9099/95 em relação aos delitos de menor potencial ofensivo.

5. CONFIGURAÇÃO DE CRIME:

A doutrina classifica a conduta típica do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 como crime de ação múltipla, formal, mera conduta, de perigo abstrato, norma penal em branco, eis que depende de complemento de regulamentação por órgão ligado ao Ministério da Saúde – Portaria/MS 344/98 (BACILA *et all*, p. 45).

Assim como os crimes em geral, o elemento subjetivo do tipo é o dolo, não havendo falar em conduta culposa. A tentativa é possível, em tese, apenas na ação de semear. O tipo visa tutelar a saúde pública, sendo que qualquer um pode ser sujeito ativo do tipo.

Registre-se que a infração penal em comento constitui-se de crime de menor potencial ofensivo, e conforme se depreende do artigo 48, especialmente em seu parágrafo 1º, observando as ressalvas contidas, deve ser submetido às regras

prescritas na Lei nº 9099/95. Aliás, de igual modo, em casos tais, sob a égide da Lei nº 6368/76, a Jurisprudência já havia se posicionado nesse sentido.

Para a configuração do crime previsto no artigo 28, *caput*, “basta a verificação dos fatos ali descritos; é irrelevante, portanto, a circunstancia de ser ínfima a quantidade apreendida com o agente, como causa desfiguradora” (STJ, REsp 2.179-SP, 5º T., julgado em 09 de maio de 1990, Rel. Ministro Flaquer Scartezini, DJ de 28 de maio de 1990, JSTJ 16/2002). (apud MARCÃO, 2011, p.91)

Assim, para tipificação do delito, basta que o agente tenha sido surpreendido, tendo consigo substancia entorpecente, ainda que em quantidade pequena, pois, cuidando-se de crime de perigo, sua configuração está vinculada à propriedade da droga, ao risco social e à saúde pública, e não à comprovação da lesividade da conduta ou à quantidade apreendida (TJSP, Apelação 263.353-3/0, 1º Câmara, julgado em 21 de dezembro de 1998, Relator Desembargador Raul Motta, RT 765/584). (apud MARCÃO, 2011, p.91)

É irrelevante a indagação se a quantidade de maconha apreendida pode ou não determinar dependência ou expor a perigo concreto o bem jurídico (*bidem*). Para tanto, é necessário que a substância encontrada cause dependência física ou psíquica, e, desde que, esteja presente o elemento normativo jurídico do tipo, qual seja: a falta de autorização ou o desacordo com determinação legal ou regulamentar (BACILA *et all*, pag. 45).

Com efeito, dentro das portarias da DIMED do Ministério da Saúde, estão listadas as substâncias capazes de apenas gerar modificações nervosas superiores ou produzir, em potencial, efeitos colaterais indesejáveis. Nesse último caso, a conduta de quem porta consigo é considerada atípica e incompatível com o núcleo do tipo da norma incriminadora (BACILA *et all*, pag. 45).

A propósito, diz o artigo 28 respectivo § 2º da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

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:

[...]

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

Assim, por se reverter de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, de modo que mesmo praticando mais de uma conduta, o agente responde apenas por um crime. Visto que a adequação objetiva do tipo possui cinco núcleos típicos, cuidar-se-á, em seguida, da análise das condutas específicas.

5.1. Adquirir:

Quer dizer obter, gratuita ou onerosamente (DE JESUS, 2010, p. 66). A simples aquisição, por si só, já constitui o delito (MARCÃO, 2011, p. 92). Nesse verbo, a ação típica é instantânea, ou seja, consuma-se o delito com a obtenção da coisa (BACILA *et all*, pag. 45).

5.2. Guardar:

Significa conservar, manter (DE JESUS, 2010, p. 67). Para a configuração do delito basta o agente guardar substância entorpecente ou capaz de causar dependência física ou psíquica, sem a devida autorização legal, embora sem a posse direta da droga. Apreendida quantidade de maconha que, em si, não caracteriza o fornecimento, mas a guarda para uso próprio, não há que se condenar o réu por tráfico (TJSP, Apelação 158.426-3/3, 4º CâM., julgado em 06 de fevereiro de 1996, Relator Des. Cerqueira Leite, RT 728/524).

Nesse verbo, e vale dizer para os descritos abaixo, trata-se de infração penal permanente, ou seja, o crime subsiste no tempo enquanto o agente se enquadra em quaisquer das ações previstas do tipo.

5.3. Ter em depósito:

Tem o significado de reter, conservar ou manter o objeto material a sua disposição. Não se exige que o sujeito seja encontrado com o tóxico. É conduta permanente (DE JESUS, 2010, p.67).

5.4. Transportar:

Indica a conduta de remover de um local para outro por algum meio de locomoção que não seja pessoal. Este configura o verbo “trazer” consigo. O

transporte pode ser em nome próprio ou de terceiro. O sujeito pode transportar a droga por intermédio de terceiro insciente da natureza da mercadoria. Assim, pode haver transporte sem que o agente traga consigo a droga. Trata-se de conduta permanente. (DE JESUS, 2010, p.67)

5.5.Trazer consigo:

Indica o porte da substância. É irrelevante o local em que o material é portado pelo sujeito. Pode ser encontrada no bolso, mão, pasta, na boca e sob a língua ou até mesmo no porta-luvas do automóvel (DE JESUS, 2010, p.67).

6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA:

A prática efetiva de qualquer das condutas previstas configura o crime. Para tanto, basta guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou capaz de causar dependência física ou psíquica, sem a devida autorização ou prescrição médica. Consuma-se com o simples porte, instante em que a ação se inicia (DE JESUS, 2010, p. 71). Nas hipóteses do §1º, basta semear, cultivar ou colher.

Tratando-se de figuras típicas alternativas, dá-se a consumação quando da concretização do primeiro verbo. Assim, se o sujeito guarda a substância para consumo pessoal e depois a traz consigo, o momento consumativo ocorreu com a guarda. O tipo prescinde de ocorrência de dano físico ou psíquico a alguém (DE JESUS, 2010, p. 71).

Renato Marcão (2011, p. 89) afirma que a tentativa é possível na modalidade adquirir. Entretanto, o Autor (2011, p. 89) traz excerto de julgado em sentido contrário do Tribunal de Alçada de São Paulo, nos seguintes termos:

“O simples fato de tencionar alguém a adquirir substancia entorpecente e por-se os aprestos, sem, contudo, dar início à transação delituosa, não ultrapassa a zona cinzenta dos atos preparatórios, indiferentes sob ponto de vista repressivo penal” (TACrimSP, Apelação 158.637, 2º Câmara, julgado em 09 de agosto de 1977, Rel. Juiz Alexandre Loureiro, v.u., RT 515/392).

É de considerar que, na hipótese do julgado a que se refere a ementa transcrita, a conduta não ingressou no iter criminis, ocorreram apenas atos preparatórios, conforme o entendimento exposto, o que não quer dizer que em determinados casos não será possível o efetivo início da transação visando à

aquisição da droga e a não consumação do desiderato, por circunstâncias alheias à vontade do agente, restando configurada, pois, a hipótese tentada, a teor do disposto no artigo 14, II, do Código Penal brasileiro (MARCÃO, 2011, p.89).

Damásio de Jesus (2010, p. 72) traz dois posicionamentos quanto ao verbo Adquirir. A primeira, congruente com o parágrafo acima, diz que o agente pode ser surpreendido na prática dos atos executórios da compra do objeto material. A segunda não admite a tentativa nessa hipótese. Quanto às condutas de guardar e trazer consigo, é possível a tentativa, segundo o citado autor.

Em relação às hipóteses do § 1º, do artigo 28, admite-se apenas a tentativa de semear ou cultivar. Embora seja de difícil verificação na realidade prática, não se pode excluir tais possibilidades (MARCÃO, 2011, p.89).

Carlos Roberto Bacila *et all* (2007, p.106-107) revela que, a par de divergências doutrinárias, em alguns casos é possível a tentativa, quando por exemplo algum sujeito encarrega-se de remeter a droga para determinado local, sem trazer consigo, portanto, e é surpreendido iniciando os atos de remessa. Com efeito, pondera ele: é preciso identificar a intenção do agente, ou seja, apenas remessa ou trazer consigo para consumo próprio.

A dificuldade de tal configuração reside no fato da instantaneidade das ações infracionais, eis que, a rigor, o tipo não descreve nenhuma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Ademais, por ser de perigo abstrato, a pura realização dos núcleos verbais habilita, em tese, o enquadramento do agente na figura típica.

7. DAS PENAS OU MEDIDAS:

Antes da vigência da Lei 11.343/06, o artigo 16 da Lei n. 6.383/76, previa para as condutas descritas (adquirir, guardar e trazer consigo) a pena privativa de liberdade. Era cominada a detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (Lei nº 6368/76).

A nova Lei, doravante, acabou com tal possibilidade. Com efeito, uma das consequências da política de redução de danos adotada na nova lei é o abrandamento do rigor punitivo em relação às condutas anotadas no artigo 28 (caput e § 1º). Desse modo, o sujeito incurso nesse dispositivo sujeita-se às penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e

medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (MARCÃO, 2011, p.78).

A finalidade da pena de advertência é avivar, revigorar e, em fim, incutir, na mente daquele que incidiu em qualquer das condutas do artigo 28, as conseqüências danosas que o uso de drogas proporciona não apenas a sua saúde, mas tão importante quanto: ao seu conceito e estima social; à estabilidade e harmonia familiar; à comunhão social, buscando despertar valores aptos a ensejar contraestímulo ao estímulo de consumir drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar (MARCÃO, 2011, p.78).

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é pena de todos conhecida. Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, conforme a definição do artigo 46, § 1º do Código Penal, e, para as hipóteses típicas do artigo 28 (caput e § 1º) será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (MARCÃO, 2011, p.78).

Por fim, a obrigação de comparecimento a programas ou cursos educativo vai de encontro à política de redução de danos adotada pelo novo diploma legal. É necessário, pois, que tais ações digam respeito ao tema sobre drogas, de modo que os cursos serão voltados para prevenção do uso de drogas, reinserção social de usuários e dependentes, entre outros temas (MARCÃO, 2011, p.78).

As penas previstas nos incisos II e III do caput do artigo 28 podem sofrer limitações temporais e serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, e em caso de reincidência, serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses (MARCÃO, 2011, p. 78).

A par do previsto no inciso III do referido artigo, o legislador pátrio deixou escapar a oportunidade de utilizar o dispositivo para, se o caso, viabilizar o retorno do agente aos estudos, ou, noutra medida, a frequentar cursos de qualificação profissional, inserindo-o em políticas públicas do gênero.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A Lei nº 11.343/06 apresentou avanços consideráveis no tocante à infração penal de posse de drogas para consumo próprio. Infere-se em sua análise que o usuário/dependente de drogas necessita mais de amparo através de medidas alternativas do que ser considerado, de modo geral, como delinquente, que deve ser punido com pena privativa de liberdade.

Por isso, inovou no sentido de vedar a aplicação desta espécie de pena, cominando desse modo outras medidas punitivas para o sujeito que incorrer nas condutas do respectivo Artigo 28.

Assim, analisou-se as alterações oriundas do atual diploma normativo, especialmente no que tange às condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, portar ou trazer consigo droga para consumo próprio. Igualmente, verificou-se em quais circunstancias configuram-se a infração penal, definindo cada uma dessas condutas.

Verificou-se, ademais, as hipóteses de consumação e tentativa do delito sob a ótica jurisprudencial e doutrinaria e, igualmente, as penas ou medidas aplicáveis ao agente submetido às hipóteses de incidência da norma penal objeto deste estudo.

Como esperado, portanto, depreendeu-se do presente trabalho que o advento da nova Lei de drogas levantou divergências em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre a natureza jurídica, envolvendo as condutas tipificadas no Artigo 28, tendo em vista a exclusão da pena privativa de liberdade outrora prevista no Artigo 16 da lei nº 6.368/76.

A par dos questionamentos sobre a hipótese de descriminalização do tipo penal, verificou-se que prevaleceu a tese no sentido de que, em verdade, houve a despenalização. Com efeito, os juristas especialistas afirmam que o fato continua sendo crime, porém, com um abrandamento no tratamento penal dispensado. O argumento defendido funda-se no Artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, bem como nos Artigos 32 e 43 do Código Penal.

Nessa esteira, portanto, o que se conclui é que as alterações seguiram a tendência já verificada na legislação penal brasileira nos últimos anos em conferir um tratamento penal menos rigoroso para infrações penais de menor potencial ofensivo, por questão de política criminal.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto *et all.* **Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-QQ/RJ. 1ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: J.R. Relator: Sepúlveda Pertence. DJU de 27 de abril de 2007, p. 69. *Informativo* n. 456.

GOMES, Luiz Flávio *et all.* **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas anotada**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, anotada e interpretada**. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva 2011.

São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 158.426-3/3, 4ª Câmara Criminal. Apelante: R.G.O. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Des. Cerqueira Leite.

BRASIL. **Lei nº 6.368/76**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/legislacao/lei-6368-76> . Acesso em 23/02/13.

BRASIL. **Lei nº 11.343/06**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/legislacao/lei-11343-06>. Acesso em 23/02/13.

Disponível:<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>. Acesso em 23/02/13.

