

***Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário  
– Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006***

FERNANDO CAPEZ

**I. LEGISLAÇÃO ANTERIOR**

A legislação sobre drogas era composta das Leis n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 e n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Esta última pretendia substituir a Lei n. 6.368/76, mas o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual. Com isso, estavam em vigor:

a) No aspecto penal, a Lei n. 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos arts. 12 a 17, bem como a causa de aumento prevista no art. 18 e a dirimente estabelecida pelo art. 19, ou seja, todo o Capítulo III dessa Lei;

b) Na parte processual, a Lei n. 10.409/2002, estando a matéria regulada nos seus Capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal).

Dessa forma, a anterior legislação antitóxicos se transformara em um verdadeiro centauro do Direito: a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, de 2002.

Acabando com essa lamentável situação, adveio a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual, em seu art. 75 revogou expressamente ambos os diplomas legais.

**II. LEI N. 11.343/2006. ENTRADA EM VIGOR**

O art. 74 da Lei n. 11.343/2006 estabeleceu que a referida Lei entraria em vigor 45 dias após a sua publicação. Como a Lei foi publicada em 24 de agosto de 2006, a sua entrada em vigor, portanto, ocorreu em 08 de outubro de 2006.

### III. DO USUÁRIO DE DROGAS. COMENTÁRIOS AOS ARTS. 28, 29, 30 E 48 DA LEI

Dispõe o art. 28: "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

A Lei n. 11.343/2006 trouxe inúmeras modificações relacionadas à figura do usuário de drogas. Vejamos:

- Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito;
- Substituiu a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas.
- Não mais existe a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário.
- Passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa;
- Tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

#### **A questão da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**

O crime previsto no revogado art. 16 da Lei n. 6.368/76 era punido com a pena de detenção, de 6 meses a 2 anos (admissível o *sursis*, a progressão de regime e a substituição por pena restritiva de direitos, se presentes as condições gerais do Código Penal), e a pena de multa, de 20 a 50 dias-multa, calculados na forma do revogado art. 38 da Lei n. 6.368/76. Tratava-se, no entanto, de crime de menor potencial ofensivo, sujeitando-a ao procedimento da Lei n. 9.099/95, incidindo igualmente seus institutos despenalizadores, desde que preenchidos os requisitos legais.

A Lei n. 11. 343/2006 trouxe substancial modificação nesse aspecto. Com efeito, para as condutas previstas no *caput* e §1º do art. 28, passou a prever as penas de:

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

De acordo com a nova Lei, portanto, não há qualquer possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade para aquele que adquire, guarda, traz consigo, transporta ou tem em depósito droga para consumo pessoal ou para aquele que pratica a conduta equiparada (§ 1º).

Em virtude das sanções previstas, esse dispositivo legal gerou uma polêmica: Teria a Lei n. 11.343/2006 descriminalizado a posse de droga para consumo pessoal?

LUIZ FLÁVIO GOMES entende que se trata de infração *sui generis*, inserida no âmbito do Direito Judicial Sancionador. Não seria norma administrativa, nem penal. Isso porque de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, art. 1º, só é crime, se for prevista a pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulativamente, o que não ocorreria na hipótese do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (LUIZ FLÁVIO GOMES, ALICE BIANCHINI, ROGÉRIO SANCHES DA CUNHA, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, *Nova Lei de Drogas Comentada*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 108/113).

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

Três são as penas aplicadas:

- (a) advertência sobre os efeitos das drogas;
- (b) prestação de serviços à comunidade: será aplicada pelo prazo de 05 meses, se primário; 10 meses se reincidente (*cf.* §§ 3º e 4º, do art. 28). 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 (cf. §5º). Mencione-se que não se aplica aqui a regra do art. 46 do CP.

(c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo: será aplicada pelo prazo de 05 meses, se primário; 10 meses, se reincidente.

Estaria a lei se referindo ao reincidente específico? Para LUIZ FLÁVIO GOMES (*op. cit.*, p. 133), sim, a lei somente estaria se referindo ao reincidente específico no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Não é o nosso entendimento. Para nós, a lei não estabeleceu essa exigência, apenas mencionando genericamente os reincidentes. Desse modo, entendemos, respeitado o entendimento contrário, que qualquer forma de reincidência torna incidente o § 4º do art. 28. Do contrário, a legislação estaria punindo com mais rigor o reincidente em detenção de droga para fins de uso, do que o infrator que tivesse condenação anterior por crimes mais graves, o que violaria o princípio constitucional da proporcionalidade.

E se o crime for tentado, como ficaria a aplicação da pena com o redutor de 1/3 a 2/3 previsto no parágrafo único do art. 14 do CP? Se não existe mais pena privativa de liberdade, como proceder à redução? No caso da prestação de serviços à comunidade e imposição de medida educativa, é possível realizar a dosagem da pena dentro dos prazos estabelecidos em lei (5 meses, se primário; 10 meses, se reincidente), o que não ocorre na advertência, a qual deverá ser aplicada sem qualquer diminuição. Convém ressaltar que na conduta de adquirir, é possível que alguém seja surpreendido tentando adquirir a droga.

As penas acima previstas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

E se houver o descumprimento injustificado da pena? Se o agente não comparecer para ser advertido, não prestar o serviço ou não comparecer ao curso, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e depois multa.

O juiz, atendendo à reprovação social da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segunda a capacidade econômica do agente, o valor de trinta avos até três vezes o valor do maior salário mínimo (cf. art. 29). Tais valores serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

A multa deverá ser executada no próprio Juizado Especial Criminal.

De acordo com o art. 30, "prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal". Convém mencionar que houve aqui uma impropriedade técnica, na medida em que as causas interruptivas da prescrição encontram-se previstas no art. 117 do CP e não no art. 107. De qualquer forma, esse dispositivo suscita uma dúvida: E quanto às causas suspensivas da

prescrição, cuja aplicação não é mencionada? Aplicam-se por força do art. 12 do CP ou a omissão foi proposital, tendo sido intenção da lei excluí-las? Entendemos que as causas suspensivas previstas no CP aplicam-se à prescrição penal incidente sobre o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06. É certo que não foi tecnicamente adequada a menção exclusiva às causas interruptivas, até porque sua aplicação já se daria por força da norma do art. 12 do CP, a qual determina sejam aplicados os dispositivos do CP supletivamente às normas da legislação especial. Ao fazer superfluamente a referência, autorizou o entendimento de que, não havendo referência expressa às causas suspensivas, essas não seriam aplicáveis. Apesar de possível o entendimento, não há nenhuma razão para excluir as causas suspensivas da prescrição de sua aplicação suplementar, já que não existe qualquer norma do novel diploma excluindo expressamente a sua incidência. Menciona-se, ainda, que previu o § 7º, que o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

#### CONDUTA EQUIPARADA. PLANTIO PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28, §1º).

A Lei n. 11.343/2006 trouxe uma grande inovação legal. Passou a incriminar a conduta de semear, cultivar ou colher, para consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

A revogada Lei 6.368/76, em seu art. 12, §1º, previa a conduta de semear, cultivar ou fazer a colheita de planta destinada à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica, contudo, essa figura constituía crime equiparado ao tráfico, de forma que muito se discutia se a conduta de semear, cultivar ou fazer a colheita para uso próprio configurava o crime do art. 12, § 1º ou o revogado art. 16 (porte de drogas para uso próprio). Havia três posições a respeito do tema. Vejamos: (a) O fato enquadrava-se no art. 16. <sup>(1)</sup> (b) O fato enquadrava-se no art. 12, § 1º, II <sup>(2)</sup>. (c) O fato era atípico. Prevalecia a primeira posição <sup>(3)</sup>, que tinha como justificativa a incidência da analogia *in bonam partem*. Explica-se: como não existia a previsão específica para o plantio para uso próprio, a solução aparente seria jogar a conduta na vala

<sup>(1)</sup> STJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 24.6.1996, p. 22832; RT 635/353 e 693/332.

<sup>(2)</sup> Já decidiu o STJ: "Recurso especial. Processual Penal. Tóxico. Tráfico. Desclassificação. Prova da mercancia. Inexigibilidade. 1. Ao tipo penal inserido no inciso II do parágrafo 1º do artigo 12 da Lei de Tóxicos, é por inteiro estranha a necessidade da comprovação de qualquer elemento subjetivo do injusto e, assim, o exigido "fim de tráfico". 2. A própria destinação e preparação de entorpecentes ou substância que dele cause dependência física ou psíquica tem sentido objetivo, dizendo respeito à potencialidade da planta. 3. Irrelevante a comprovação da destinação do produto para a caracterização do crime de quem "(...) semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica." (inciso II do parágrafo 1º do artigo 12 da Lei de Tóxicos). 4. Recurso conhecido e provido. STJ, 6ª Turma, RESP 210484/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10/04/2001, DJ de 03/09/2001, p. 267.

<sup>(3)</sup> Cf. Damásio de Jesus. *Lei Antitóxicos anotada*, São Paulo, Editora Saraiva, p. 49.

comum do plantio, figura equiparada ao tráfico. Assim, para evitar-se um mal maior, aplicava-se a analogia com relação às figuras do art. 16 (trazer consigo, guardar e adquirir para uso próprio) e nele se enquadrava o plantio para fins de uso. Não nos parecia a solução correta. O plantio para uso próprio não estava previsto em lugar nenhum, nem como figura equiparada ao art. 12, nem como figura analógica ao art. 16: tratava-se de fato atípico. A analogia aqui não consistia em estender o alcance da norma do art. 16, para evitar o enquadramento no art.12, mas em aplicar o art. 16 a uma hipótese não descrita como crime. Por essa razão, violava o princípio da reserva legal. Acabando com essa celeuma, o fato passou a constituir crime nos moldes da Lei n. 11.343/2006.

## PROCEDIMENTO

Finalmente, cuida-se de infração de menor potencial ofensivo, estando sujeita ao procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais (arts. 60 e seguintes), por expressa disposição legal, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 da Lei (cf. art. 48, §1º). No caso, incidirá a regra do art. 60 da Lei n. 9.099/95, com a redação determinada pela Lei n. 11.313/2006: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único: Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

O art. 48, § 1º, merece um reparo. É que o artigo 33, § 2º (cessão ocasional e gratuita de drogas) constitui infração de menor potencial ofensivo, de forma que o concurso dessa modalidade típica com o art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), não afasta a competência dos Juizados Especiais Criminais, ao contrário do que dá a entender a redação daquele dispositivo, o qual, na realidade, no que tange ao art. 33, está se referindo apenas ao *caput* e § 1º.

## PRISÃO EM FLAGRANTE

Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (cf. § 2º). Ora, e se o agente se recusar a assumir o compromisso de comparecer à sede dos Juizados, poderá a autoridade impor a prisão em flagrante? De acordo com o art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, em tal caso, é possível a realização da prisão em flagrante. Ocorre, contudo, que o indivíduo que é surpreendido com a posse de droga para consumo pessoal, por expressa determinação legal, se submeterá apenas às medidas educativas,

jamais podendo lhe ser imposta pena privativa de liberdade. Com isso, não é admissível que ele seja preso em flagrante ou provisoriamente, quando não poderá sê-lo ao final, em hipótese alguma. Não cabe, portanto, a prisão em flagrante.

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho que ora versa trata acerca de uma proposta de sistematização dos princípios legitimadores do estado vinculante nos parâmetros da atuação da jurisdição penal, tendo em vista a aproximação entre o controle difuso, instaurado pela via de exceção, de que a lei não pode conter retrocessos de ordem constitucional, e o estado vinculante, instituído pela via de ação direta, em que o estado vinculante transcorre as controvérsias entre os poderes judiciários e administrativos, no âmbito do Poder Judiciário, em que motivaram a jurisdição a ser feita pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de grave insegurança jurídica e relevância multiplicação de processos sobre questão idêntica, de grande urgência de lei a ser promulgada.

## 2. CONCLUSÃO

Os fundamentos da atuação da jurisdição penal, em virtude da atuação vinculante do controle difuso, propõem a aprovação de um projeto de lei, ou por iniciativa delegada, para o efeito de instituir o estado vinculante, por meio de lei, que os membros do Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação, validade e eficácia dos preceitos legais, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administrativo, Pública e Privada, nos estados federal, estadual e municipal, sob pena de nulidade de todo o processo.

## 3. REFERÊNCIAS

A vinculação, no âmbito jurídico brasileiro, resulta da interpretação dos dispositivos do Civil Law, sistema de direito de origem romano-germânica, no qual a lei, assim como a analogia, costuma ser princípio geral, de fontes do

1. Sobre este assunto, ver a obra de J. J. Gomes de Mello, "O Estado Vinculante", in: "O Estado Vinculante", p. 147.