

**FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU**  
**DIREITO**

**Beatriz Moreira Serrano Canaver**

**ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**Bauru**  
**2019**

**Beatriz Moreira Serrano Canaver**

**ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**Monografia apresentada às  
Faculdades Integradas de Bauru para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito, sob a orientação do Professor  
Ms. Márcio José Alves.**

**Bauru  
2019**

CANAVER, Beatriz Moreira Serrano

Análise do Art. 28 da Lei nº 11.343/06 no Sistema Jurídico Brasileiro. Beatriz Moreira Serrano Canaver. Bauru, FIB, 2019.

41f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Ms. Márcio José Alves

1. Mudanças. 2. Artigo 28. 3. Drogas. I. Análise do Art. 28 da Lei nº 11.343/06 no Sistema Jurídico Brasileiro. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

**Beatriz Moreira Serrano Canaver**

**ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**Monografia apresentada às  
Faculdades Integradas de Bauru para  
obtenção do título de Bacharel em  
direito,**

**Bauru, xx de xxxxxxxx de 2019**

**Banca Examinadora:**

**Presidente/ Orientador: Ms. Márcio José Alves.**

**Professor 1:**

**Professor 2:**

**Bauru  
2019**

**Dedico essa pesquisa aos meus pais, e familiares que de alguma maneira contribuíram para a conclusão do presente estudo.**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pela minha proteção diária e por todos os momentos que passei durante a minha vida.

Aos meus pais, Nilson e Cinthia, por todo apoio, ensinamentos e por tudo que fizeram e fazem por mim até hoje.

Aos meus amigos da graduação, Gabriel Sibia, Isabela Cardoso, Maria de Melo, e Paulo Renato, pelos maravilhosos momentos que passamos juntos, vocês todos moram em meu coração!

Ao meu orientador Márcio, pela compreensão e ajuda.

E aos demais amigos, e a minha família.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.” José de Alencar

CANAVER, Beatriz Moreira Serrano. **Análise do art. 28 da Lei nº 11.343/06 no Sistema Jurídico Brasileiro.** 2019 41f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

## **RESUMO**

O escopo da presente pesquisa é a análise das mudanças que aconteceram com a entrada em vigor da Lei de Drogas, especialmente no artigo 28 que trata da posse de entorpecentes para consumo próprio. As drogas são consideradas um problema mundial e corriqueiro, e por isso é importante que as pessoas saibam do grave dano que elas causam à toda sociedade. Conclui que não houve a descriminalização do artigo 28, pois o objeto jurídico desse artigo é a saúde pública, buscando-se proteger a sociedade como um todo.

**Palavras-chave:** Mudanças. Artigo 28. Drogas.

CANAVER, Beatriz Moreira Serrano. **Analyze of art. 28 of Law nº 11.343/06 on the Brazilian Legal System.** 2019 41f. Monography presented to Faculdades Integradas de Bauru, to obtain the Bachelor in Law title. Bauru, 2019.

### **ABSTRACT**

The scope of current research is the analysis of changes that happened with the beginning of drug's law, especially in article 28 that talks about possession of narcotics for own consumption. Drugs are consider a worldwide problem, so it's important for people know the damage they can cause to society. Concludes there wasn't decriminalization in article 28, because legal object this article it's public health, protecting the society as a whole.

**Keywords:** Changes. Article 28. Drugs.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRIA DAS PENAS NO BRASIL</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Das Penas Antigas</b>	<b>14</b>
<b>3</b>	<b>DAS PENAS ATUAIS</b>	<b>18</b>
<b>3.1</b>	<b>Dos Princípios Relacionados às Penas</b>	<b>20</b>
<b>3.2</b>	<b>Das Penas em Espécie</b>	<b>23</b>
<b>3.3</b>	<b>Pena Privativa De Liberdade</b>	<b>23</b>
<b>3.4</b>	<b>Pena Restritiva De Direito</b>	<b>25</b>
<b>3.5</b>	<b>Pena De Multa</b>	<b>27</b>
<b>4</b>	<b>A LEI Nº 11.343/06</b>	<b>28</b>
<b>4.1</b>	<b>Penas Sócio-Educativas do Art. 28</b>	<b>29</b>
<b>4.2</b>	<b>Condutas Previstas no art. 28</b>	<b>31</b>
<b>4.3</b>	<b>Descriminalização ou Despenalização</b>	<b>32</b>
<b>4.4</b>	<b>Procedimento Criminal</b>	<b>35</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>37</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>41</b>
	<b>APÊNDICES</b>	
	<b>ANEXOS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

Questão de repercussão geral, trazendo celeumas e discussões no âmbito jurídico são as alterações introduzidas no sistema pátrio, mais notadamente na Lei nº 11.343/06, e mais especificadamente no art. 28 da citada Lei, referentes às penas sócio-educativas por ela aplicadas.

O presente estudo tem como objetivo a abordagem das mudanças que aconteceram com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, a principal delas foi a retirada da pena privativa de liberdade do artigo citado acima, e com isso, se houve a questão da descriminalização ou da despenalização.

Inicialmente, a presente pesquisa versa sobre o escorço histórico das penas no Brasil, suas modalidades e consequências dentro do sistema jurídico respectivo, com a menção expressa das espécies de penas correlatas ao período em questão.

A base de estudo se norteará a partir de documentos doutrinários jurídicos e fontes técnicas, tais como a Constituição Federal promulgada no ano de 1988, o Código Criminal do Império de 1830, Código Penal de 1942, a Lei nº 11.343/06, e a jurisprudência, entre outros a fim de alicerçar a tese primordial a ser apresentada, qual seja, houve a despenalização ou a descriminalização do art. 28 da Lei nº 11.343/06?

Em momento posterior, busca-se abordar os principais princípios relacionados as penas, bem como as penalidades vigentes dentro do ordenamento jurídico pátrio, ou seja, as penas privativas de liberdade, restritiva de direitos e a multa, fazendo-se uma análise mais profunda de cada uma delas.

Em seguida, o estudo foi direcionado à análise substancial da Lei nº 11.343/06, nas alterações que ela trouxe e no aspecto punitivo ou não da nova redação do art. 28 referido.

Dessa forma, objetiva-se apresentar e comparar as abordagens realizadas por diversos pontos de enfoque técnico, para poder embasar, com respaldo científico, a argumentação que se busca defender, se houve a despenalização das penas privativa de liberdade ou a descriminalização da conduta?

Por fim, analisou-se o art. 28 da Lei nº 11.343/06, descrevendo especificamente cada conduta do artigo em questão, definiu-se o posicionamento

em relação ao problema levantado, bem como, teceu-se comentários em relação ao procedimento criminal realizado para a efetiva apuração dos fatos praticados conforme descrição no tipo penal.

## 2 HISTÓRIA DAS PENAS NO BRASIL

O Direito Penal pode ser entendido como uma ferramenta para a pacificação da convivência dos indivíduos na sociedade, em casos de cometimento de um crime à essa conduta era aplicado uma pena pelo Estado, evitando a vingança direta pelo ofendido.

As legislações penais pátrias anteriores tinham apenas o caráter punitivo, visando apenas as penas de tortura e vingança. Naquela época, em 1830 os infratores eram punidos por outro mal, por exemplo, se eles matavam alguém, também deveriam ser mortos.

Anteriormente ainda vigorou a Lei de Talião, norma escrita que depois se tornou o ditado popular “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”.

Patricia Oliveira Alves escreveu sobre esse assunto da seguinte maneira:

Com o advento da Idade Moderna, a fundamentação para a aplicação da pena passou a ter um cunho filosófico, sendo assim o dano e a reparação não poderiam ter um caráter apenas fático, como era realizado com a Lei de Talião, tendo assim um caráter jurídico, sendo imposta através da pena um caráter punitivo proporcional ao mal causado (ALVES, 2015).

Essa teoria era a favor de que um mal tinha que ser reparado na mesma proporção.

Assim é o pensamento de Patricia Oliveira Alves (2015, s.p): “O objetivo era a compensação entre as duas ações danosas, um em relação ao estado e outra em relação ao delinquente, desta forma busca-se a retribuição do mal do crime pelo castigo de seu autor”.

Conforme a evolução comportamental dos seres humanos, houve uma grande revolta em relação as penas desumanas que eram praticadas. Com isso, no século XVI foram criadas casas de reeducação para os condenados.

Era chamado de penitenciários o local onde os infratores eram obrigados a ficarem ouvindo sermões em busca do arrependimento de seus atos através da oração.

Com a recepção positiva desse novo tipo de sistema punitivo, muitos outros países também adotaram um caráter educativo em suas penas.

Outros sistemas punitivos que existiam no século XIX eram o Sistema Pensilvânico ou Filadélfico e também o Sistema Auburniano.

No Sistema Pensilvânico ou Filadélfico, século XIX, era adotado a postura de que o preso precisava ficar totalmente isolado, sem ser autorizada nenhuma forma de comunicação.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini o Sistema Filadélfico era:

No sistema da Filadélfia, utilizava-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da Bíblia. As primeiras prisões a adotar tal sistema foram a de Walnut Street Jail e a Eastern Penitentiary. Muitas foram as críticas à severidade do sistema e à impossibilidade de readaptação social do condenado por meio do isolamento (MIRABETE, FABBRINI, 2010, p. 236).

Já o Sistema Auburniano, também no século XIX, o preso permanecia isolado apenas no período noturno, durante o dia desempenhava tarefas no interior do presídio, porém sob absoluto silêncio, não era permitindo, sequer, a comunicação entre os presos.

Apesar dos presos desempenharem tarefas, era proibido qualquer tipo de lazer e o recebimento de visitas.

Cezar R. Bitencourt (2000, p. 95) explica: “a partir de então se estendeu a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite”.

No final do século XIX, em decorrência do Sistema Auburniano, foi criado na Inglaterra o Sistema Progressivo que era baseado no bom comportamento do preso e no trabalho que ele desempenhava. Com esse novo Sistema iniciou-se a ideia de progressão de regime prisional, pois o preso tinha direito a liberdade condicional caso os requisitos necessários fossem cumpridos.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 236) disserta sobre esse Sistema da seguinte forma: “[...] Leva-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho [...]”.

Apareceram três correntes doutrinárias referentes à natureza e a finalidade das penas, com o direito de punir do Estado.

A teoria absoluta se fundamenta na punição do infrator que cometeu um crime, fazendo-se assim justiça.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 230) esclarece esse assunto dessa forma: “As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas) têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*) [...]”.

A teoria relativa diz respeito a motivação da aplicação de uma pena:

O fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o. Entendia que a sanção é o meio de defesa social adaptado à personalidade do delinquente (MIRABETE, FABBRINI, 2010, p. 231).

Já a teoria mista reuniu as duas correntes citadas acima.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 231) possui esse entendimento: “[...] Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção [...]”.

Assim temos que no sistema penal brasileiro conforme o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal adotou-se a teoria mista.

## **2.1 Das Penas Antigas**

O primeiro código criminal que existiu no Brasil foi o Código Criminal do Império, do ano de 1830 e ele previa as seguintes penas.

Gláucia Tomaz de Aquino Pessoa (2014, s.p) explica as penas que estavam previstas nesse Código: “Além das penas de prisão simples e com trabalho, açoites, mortes e galés, o Código de 1830 previu também as seguintes penalidades: banimento, degredo, desterro, multa, suspensão e perda de emprego”.

A pena de morte era uma combinação entre suplícios e esquartejamento antes ou depois da morte, estando em sintonia com a pessoa do infrator e com o crime cometido por ele.

Silvia Hunold Lara (1999, s.p.) “[...] Nos casos da aplicação da pena de morte podia ocorrer uma combinação de suplícios (açoites e tenazes quentes), além do esquartejamento antes ou depois da morte, de acordo com a condição do criminoso e o tipo de crime”.

Já a pena de prisão consistia no recolhimento do réu em prisões durante o tempo determinado na sentença.

Art. 47. A pena de prisão simples obrigará aos réos a estarem reclusos nas prisões publicas pelo tempo marcado nas sentenças (BRASIL, 1830).

Art. 48. Estas penas de prisão serão cumpridas nas prisões publicas, que offerecerem maior commodidade, e segurança, e na maior proximidade, que fôr possível, dos lugares dos delictos, devendo ser designadas pelos Juizes nas sentenças (BRASIL, 1830).

A pena de prisão com trabalho significava que o réu deveria permanecer no trabalho durante todo o dia, trabalho esse que era decidido na sentença.

Art. 46. A pena de prisão com trabalho, obrigará aos réos a occuparem-se diariamente no trabalho, que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões (BRASIL, 1830).

No entanto, o texto do Código de 1830 não indicou a forma como o trabalho prisional devia ser organizado. Essa tarefa ficou a cargo das assembleias legislativas provinciais que deveriam construir, conforme o artigo 10 do Ato Adicional de 1834, as instituições destinadas para esse fim, isto é, as “casas de prisão, trabalho e correção”, bem como legislar sobre seu regime. No município neutro, a capital do Império, a partir de 1850 passou a existir a Casa de Correção, diretamente subordinada à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (PESSOA, 2014).

A pena de banimento proibia os réus de exercerem seus direitos como brasileiros e de continuarem residindo no país.

Art. 50. A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o territorio do Imperio (BRASIL, 1830).

No que diz respeito a pena de desterro, essa pena mandava os réus se retirarem do espaço do crime, da sua residência e da vítima, e de não adentrar em nenhum desses locais no período estabelecido.

Art. 52. A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença (BRASIL, 1830).

Atualmente esta situação tem reciprocidade nas medidas cautelares do Código de Processo Penal.

A pena de degredo baseava-se em impor aos réus morarem no local mandado pela sentença, sem poderem se ausentar por esse tempo.

Art. 51. A pena de degredo obrigará os réos a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sahir delle, durante o tempo, que a mesma lhes marcar (BRASIL, 1830).

Em relação a pena de multa essa era o pagamento de uma quantia em dinheiro, que era definida junto com as outras penas, de forma cumulativa.

Art. 55. A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os condemnados poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo (BRASIL, 1830).

No tocante a pena de suspensão do emprego, era relacionada a suspensão do serviço durante o tempo previsto.

Art. 59. A pena de perda do emprego importará a perda de todos os serviços, que os réos houverem prestado nelle (BRASIL, 1830).

A pena de galés submetia os acusados, juntos ou separados, a caminharem com calceta nos pés, e ainda a trabalharem em serviços públicos no locais em que ocorresse o delito, estando a mercê do Estado.

Calceta é entendido como uma argola no tornozelo de um prisioneiro que se une à sua cintura através de uma corrente de ferro, ligando-o a outro prisioneiro.

Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo (BRASIL, 1830).

Porém, a pena de açoites tratava os castigos que eram impostos aos condenados.

Encerrada a demonstração em relação a forma de aplicação das penas em nossa época antiga, passaremos a analisar a forma que atualmente o Estado responsabiliza os infratores.

### 3 DAS PENAS ATUAIS

A Constituição Federal de 1988, assim como outras Constituições anteriores, vedaram totalmente todas essas penas citadas anteriormente, pois foi com a entrada em vigor da Constituição Federal que foram consolidados, elencados no texto constitucional diversos direitos e garantias constitucionais aos investigados, acusados, denunciados e condenados.

Esses direitos e garantias estão elencados no art. 5º, XLVII da Constituição Federal:

Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (BRASIL, 1988).

Dessa forma, houve a reafirmação da troca das penas antigas que eram cruéis e bárbaras por penas mais proporcionais com o delito praticado, com a intenção de ressocialização do infrator na sociedade e prevenção para que ele não pratique mais nenhum delito, além da retribuição punitiva em função do crime praticado.

Julia Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 231) discorreram sobre esse assunto: “Desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso [...]”.

Desde a origem do mundo as penas são aplicadas em relação aos infratores e vieram com a necessidade de aplicar sanções as pessoas que praticarem algum crime tipificado no Código Penal e nas Legislações Especiais.

Todos os crimes descritos no ordenamento jurídico são normas jurídicas protegidas pelo Estado, ou seja, se elas foram violadas, existe o dever de repressão, podendo punir aquela pessoa que cometeu algum ilícito penal.

Então, o significado de pena nada mais é do que uma repressão imposta pelo Poder Público contra um ser humano que desrespeitou a paz social praticando um crime.

Para Fernando Capez o conceito de pena é:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2014, p. 379).

Nesse mesmo sentido, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves entendem sobre pena:

É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, p. 461).

As finalidades das penas são estudadas por três teorias.

Teoria absoluta ou da retribuição: Conforme Fernando Capez (2014, p. 380) “A finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*)”.

Percebe-se que essa teoria tem como finalidade da pena a punição do infrator pelo mal que causou perante à vítima e toda a sociedade.

Em relação a teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção, Fernando Capez preleciona que:

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição) (CAPEZ, 2014, p. 380):.

Distinta da primeira teoria, essa tem a finalidade de ameaçar, evitando a ocorrência de novos delitos.

Por sua vez, a teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória: É conceituada por Fernando Capez dessa forma (2014, p. 380) “A pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)”.

Verifica-se que essa última teoria juntou as duas primeiras descritas, destacando que a finalidade da pena tem dois aspectos, a punição e a prevenção.

Diante dessas explicações, entendemos que a Teoria Mista é a utilizada nos dias atuais, pois o art. 59 do Código Penal estabelece que o Juiz irá dosar a pena conforme o delito praticado.

### **3.1 Dos Princípios Relacionados às Penas**

A partir de agora faremos uma breve análise sobre os princípios constitucionais existentes em relação as penas em nossa Constituição Federal de 1988.

O Princípio da Legalidade está disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e possui a seguinte redação:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988).

Tal princípio quer dizer que o crime imputado a uma pessoa deve estar tipificado em lei, sendo proibido que essa pena seja criada por meio de decreto, medida provisória.

O Princípio da Anterioridade também está previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988. Tal princípio quer dizer que para a pena ter eficácia, ela deve estar prevista e vigente antes do cometimento de algum fato ilícito.

Pedro Lenza disserta sobre esses princípios do seguinte modo:

O art. 5º, XXXIX, consagra a regra do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Assim, de uma só vez, assegura tanto o princípio da legalidade (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem lei que o

defina, nem pena sem cominação legal, como o princípio da anterioridade, visto que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (LENZA, 2014, p. 1117).

O Princípio da Humanização está expresso no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal e diz o seguinte:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988).

Segundo André Stefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 464) esse princípio veda as penas desumanas: “São vedadas as penas cruéis, de morte, de trabalho forçados, de banimento ou perpétuas (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal)”.

A humanização consiste em respeitar todos os direitos dos presos, não sendo mais aplicadas penas que ofendam sua integridade física e moral, se observados esses direitos, ocorrerá o devido processo legal.

O Princípio da Pessoalidade encontra-se mencionado no art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (BRASIL, 1988).

Tal princípio demonstra que somente o réu é quem pode cumprir a pena, não sendo possível que outra pessoa cumpra em seu lugar.

O motivo da aplicação desse princípio é a de que a pena é personalíssima, se foi o infrator quem praticou o crime, é apenas ele que deverá ser responsabilizado.

O Princípio da Proporcionalidade prevê que a sanção imposta ao réu deve estar em concordância com o crime praticado, está contido no art. 5º, XLVI e XLVII da Constituição Federal.

Então, a pena do delito cometido, o crime praticado, deve estar em harmonia com o regime de cumprimento da pena, não existe a necessidade de uma pessoa que cometeu um crime menos grave cumprir a pena em regime fechado.

Também existe o Princípio da Individualização da Pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

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

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

Fernando Capez (2014, p. 380) fez o seguinte comentário sobre esse princípio: “A sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (CF, art. 5º, XLVI)”.

Para encerrar o assunto sobre os princípios relacionados à pena, vejamos o último, chamado de Princípio da Inderrogabilidade, baseando-se na doutrina.

Os autores André Stefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves escreveram acerca desse princípio:

O juiz não pode deixar de aplicar a pena ao réu considerado culpado, bem como de determinar seu cumprimento, salvo exceções expressamente previstas em lei, como, por exemplo, do perdão judicial em crimes como homicídio culposo, lesão corporal culposa, receptação culposa etc (ESTEFAM, GOLÇALVES, 2012, p. 465).

Nesse princípio existe a hipótese do juiz não aplicar a pena ao réu, em razão de que ele já sofreu demais por causa do fato praticado e por isso não havendo mais o motivo da aplicação da pena, um exemplo disso é o pai que mata o filho culposamente. O perdão judicial está exposto no art. 121, § 5º do Código Penal.

Terminada a análise dos princípios concernentes às penas, iniciaremos o estudo das penas em espécie admitidas no Brasil.

### 3.2 Das Penas em Espécie

O Código Penal regulamentou o tema no art. 32, regra existente já na Constituição Federal anterior, e a Constituição Federal de 1988 seguiu a mesma linha. Foi adotado as seguintes modalidades:

Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa. (BRASIL, 1940)

Esses três tipos de penas são as admitidas atualmente no Brasil e estudaremos cada uma delas e suas peculiaridades abaixo.

### 3.3 Pena Privativa De Liberdade

A pena privativa de liberdade consiste na restrição de locomoção do condenado. André Stefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 461) definem a pena privativa de liberdade como: “A pena privativa de liberdade é exemplo de privação de direito (de ir e vir, de liberdade)”.

Esse tipo de pena compreende duas formas de cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes tipificados no Código Penal e em Leis esparsas, que são a pena de reclusão e a de detenção. A de reclusão poderá começar a ser cumprida em regime inicial fechado, o que não acontece com a de detenção, que no máximo vai até o regime semiaberto.

É nesse sentido o entendimento de Fernando Capez:

Não existe regime inicial fechado na pena de detenção (CP, art. 33, *caput*), a qual começa obrigatoriamente em regime semiaberto ou aberto. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o regime inicial de cumprimento de pena de detenção deve ser o aberto ou semiaberto, admitido o regime inicial fechado apenas em caso de regressão (CAPEZ, 2014, p. 383).

O art. 33 do Código Penal regulamenta exatamente isso:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (BRASIL, 1940).

Devemos diferenciar os tipos de regimes de pena existentes, regime fechado, semiaberto e aberto.

Fernando Capez (2014, p. 381) distingue esses três regimes dessa forma:

Fechado: cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.

Semiaberto: cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar.

Aberto: trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

O acusado condenado a pena superior a oito anos cumprirá a pena em regime inicial fechado, como assegura o § 2º, “a” do art. 33 do Código Penal:

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

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; (BRASIL, 1940).

Todavia, o acusado condenado a pena superior a quatro anos e que não ultrapasse a oito, desde que não reincidente, conseguirá cumprir a pena em regime inicial semiaberto, como está descrito na alínea “b” do artigo citado acima.

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; (BRASIL, 1940).

Com relação ao regime inicial aberto, o condenado a cumprir nesse regime não poderá ser reincidente e a pena aplicada deverá ser igual ou inferior a quatro anos, assim está previsto no art. 33, § 2º, “c” do Código Penal.

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (BRASIL, 1940).

Já a Lei de Contravenções Penais, não existe previsão de pena de reclusão e nem de detenção, e sim de prisão simples.

Vale destacar que o § 3º desse mesmo artigo diz que a imposição do regime de cumprimento de pena será de acordo com os critérios do art. 59 do Código Penal.

### **3.4 Pena Restritiva De Direito**

Essa forma de pena consiste em substituição da pena privativa de liberdade por outras penas que não restringem a liberdade de ir e vir do ser humano, desde que essa pessoa preencha os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

As penas restritivas de direito estão previstas no art. 43 do Código Penal, quais sejam:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940).

A primeira hipótese de pena restritiva de direitos compreende a prestação pecuniária que nada mais é do que o pagamento em dinheiro para extinguir a pena, já a perda de bens e valores é o perdimento de patrimônios da pessoa condenada para o término da pena.

Fernando Capez argumenta a pena pecuniária e de perda de bens e valores como:

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à vista ou em parcelas, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos (CAPEZ, 2014, p. 444).

Trata-se da decretação de perda de bens móveis, imóveis ou de valores, tais como títulos de crédito, ações etc. Essa pena consiste no confisco generalizado do patrimônio lícito do condenado, imposto como penal principal substitutiva da privativa de liberdade imposta (CAPEZ, 2014, p. 445).

As penas de limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos são parecidas, todas essas o condenado deve deixar de fazer algo ou fazer para o bem da sociedade para cumprir a pena.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini pensam assim sobre a pena de limitação de fim de semana:

[...] No Brasil, é uma das penas substitutivas e consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrado aos condenados durante essa permanência cursos e palestras, ou atribuídas a eles atividades educativas (art. 48 e parágrafo único) (MIRABETE, FABBRINI, 2010, p. 264).

Damásio de Jesus (2011, p. 575) explica a pena de prestação de serviços à comunidade assim: “Atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais, etc (art. 46, § 2º)”.

André Stefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 461) relatam sobre a pena de interdição temporária de direitos: “A suspensão ou interdição temporária de direitos pode consistir, por exemplo, na proibição do exercício de profissão ou de função pública, na suspensão da carteira de habilitação, na proibição de frequentar certos locais etc”.

Sobre as penas restritiva de direitos deve ressaltar que se não forem cumpridas pelo condenado, elas serão convertidas em privativa de liberdade, pois só serão extintas se forem regularmente realizadas pelo agente.

Esse é o pensamento de Damásio de Jesus:

São de execução condicional. Subordinam-se a seu efetivo cumprimento. Descumpridas, operam a conversão em privação da liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do CP. São aplicadas sob a condição de o condenado satisfazer a restrição imposta. Frustrada a confiança nele depositada por descumprimento injustificado, impõe-se o retorno à situação anterior à

substituição, ensejando a execução da pena detentiva (princípio da espada de Dâmocles) (JESUS, 2011, p. 576).

### 3.5 Pena De Multa

A pena de multa está contida no tipo penal da maioria dos crimes elencados no Código Penal e nas Leis Penais Especiais, isolada ou cumulativamente, mas há alguns crimes em que não existe a pena de multa, somente a pena privativa de liberdade.

Esse é o posicionamento de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 276): “A multa pode ser uma sanção principal (ou comum) quando cominada abstratamente como sanção específica a um tipo penal, alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade [...]”.

Não se deve confundir a pena de multa com a pena de prestação pecuniária, pois a pena de multa está tipificada no crime junto com a pena privativa de liberdade e a prestação pecuniária é uma das penas restritiva de direitos.

Essa pena é calculada em dias-multa, entre dez dias-multa até 360 dias-multa que é o máximo permitido, como está descrito no art. 49 do Código Penal.

Art. 49 – A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (BRASIL, 1940).

A pena de multa deverá ser paga após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se a multa não for paga, será considerada dívida de valor, ficando responsável pela cobrança a Fazenda Pública.

Depois de estudar as penas atuais existentes em nosso ordenamento jurídico, estudaremos a Lei nº 11.343/06.

#### 4 A LEI Nº 11.343/06

Inicialmente cumpre esclarecer que o crime de tráfico era tipificado no Código Penal, em seu art. 281, depois com o passar do tempo vieram as Leis nº 6.368/76 e 10.409/02, para posteriormente a Lei nº 11.343/06 ser sancionada.

Surgiu em 1976, a Lei nº 6.368/76 que trazia em seu art. 16 as seguintes penas para o crime de uso de entorpecentes para consumo próprio, detenção de seis meses a dois anos, mais multa de vinte a cinquenta dias-multa para quem adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, substância entorpecente ou causadora de dependência física e psíquica.

Então, existia a pena privativa de liberdade que poderia ser cumprida em regime inicial aberto ou semi-aberto, por se tratar de pena de detenção.

O que motivou a troca da legislação não foi o aumento das drogas, mas sim o posicionamento da sociedade e do legislador. Diante do aumento do consumo e da impossibilidade de controle, tentou-se aplicar uma nova dinâmica nesse contexto, também fracassada. Em 2002, surgiu a Lei nº 10.409, porém ela foi um fracasso e logo apareceram defeitos e vícios de inconstitucionalidade, isso fez com que o Presidente da República mantivesse a parte penal da Lei nº 6.368/76 e a parte processual da Lei nº 10.409/02.

Fernando Capez (2008, p. 697) assim se posiciona: “Dessa forma, a anterior legislação antitóxicos se transformou em um verdadeiro centauro do Direito; a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, a de 2002”.

Todavia, isso não durou muito tempo, e em 23 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei nº 11.343/06 que começou a regular a parte material e processual apenas em uma Lei, revogando as duas Leis anteriores. A Lei em comento teve um período de *vacatio legis* de 45 dias, vigorando desde 08 de outubro de 2006.

Além de não mais existir a pena privativa de liberdade, a nova Lei incluiu mais dois verbos no art. 28 que não tinha antes, o transportar e ter em depósito. Trocou o termo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para drogas, agora prevê as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa.

Renato Brasileiro de Lima ressalta a finalidade da nova Lei:

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão (LIMA apud COUTO, SILVA, 2015, s.p).

Outra mudança que teve foi a substituição da expressão substância entorpecente que causa dependência física ou psíquica para drogas. O termo droga é uma norma penal em branco, por essa razão foi fundamental a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, é isso que dispõe o art. 1º e 66 da referida Lei. Foi criado o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

A principal novidade da atual Lei de Drogas em relação ao art. 28 foi a mudança em relação as penas, agora não existe mais pena privativa de liberdade, não podendo ser preso o sujeito que está portando entorpecente para o seu consumo.

#### **4.1 Penas Sócio-Educativas do Art. 28**

Iniciaremos agora o estudo do objetivo da presente pesquisa, as penas do art. 28 da Lei de Drogas.

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 (BRASIL, 2006).

##### **Pena de Advertência**

No tocante a pena de advertência, é preciso definir que esse tipo de pena é uma “bronca” para que o usuário não use mais drogas e serve para mostrar a ele os estragos que os entorpecentes causam. A aplicação dessa pena será feita em audiência denominada audiência admonitória.

César Dario Mariano da Silva (2016, p. 55) descreve a pena de advertência: “A advertência será feita pelo juiz com o intuito de dissuadir o agente a usar

qualquer tipo de droga. Na prática, o sujeito comparece ao cartório e assina um termo em que constam os efeitos deletérios que o uso da droga pode causar”.

#### Pena de Prestação de Serviços à Comunidade

Em relação a essa pena, cumpre dizer que poderá ser cumprida em diversos locais, o usuário executará determinada tarefa que for mais conveniente para a instituição. O § 5º do art. 28 explica quais são os lugares em que a pena de prestação de serviços será cumprida e sua finalidade.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (BRASIL, 2006).

#### Medida Educativa de Comparecimento a Programa ou Curso Educativo

Mais uma vez o legislador quis dar um caráter pedagógico à essas penas, tentando conscientizar os usuários dos efeitos trágicos que a droga pode trazer, fazendo com que ele compareça a cursos e programas.

A propósito, faremos um comparativo entre a Lei nº 6.368/76 e a atual Lei de Drogas retirado do livro de Fernando Capez (2008, p. 698).

##### Lei nº 6.368/76

Art. 16. 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 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

##### Lei nº 11.343/06

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.

No que diz respeito a prescrição, o art. 30 da Lei de Droga é expresso no sentido de que o crime aqui tratado prescreve em dois anos, observando-se as causas interruptivas. Vale lembrar que as causas suspensivas também devem ser verificadas.

É importante ressaltar, novamente, que não existe mais a pena privativa de liberdade no crime do art. 28, tema que causou e causa muito debate entre os doutrinadores. Essa mudança na Lei nº 11.343/06 trouxe outra questão, se houve ou não a descriminalização desse artigo, esse tema será abordado mais adiante.

#### **4.2 Condutas Previstas no art. 28**

São cinco as condutas previstas no artigo, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, duas delas, transportar e ter em depósito, foram incluídas com a Lei nº 11.343/06.

Adquirir: É conseguir de forma gratuita ou onerosa, o agente recebe ou compra de outra pessoa.

César Dario Mariano da Silva (2016, p. 52) explica essa conduta: “Significa obter ou conseguir o objeto material de forma onerosa ou gratuita. O sujeito pode comprar a droga ou recebê-la gratuitamente”.

Guardar: É reter a droga para um terceiro, ou seja, ficando à disposição de outra pessoa, a qual é sua proprietária.

Fernando Capez (2008, p. 699) esclarece como: “É a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em manter a droga para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém”.

No entanto, César Dario Mariano Silva (2016, p. 52) pensa diferente de Fernando Capez: “Tem o sentido de conservar ou manter o objeto material consigo para uso próprio e futuro, mas longe das vistas. Pode ser guardado na própria casa do sujeito ou em outro local”.

Ter em depósito: Configura uma retenção, mas à disposição da própria pessoa e não mais para uma outra.

Fernando Capez (2008, p. 699) elucida sobre essa ação: “É reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo. Essa conduta típica foi introduzida pela nova Lei”.

Transportar: Presume a utilização de algum meio de locomoção no qual estará a droga.

Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior (2016, p. 81) descreve sobre o verbo transportar: “Transportar é conduzir de um local para outro em algum meio de transporte”.

Trazer consigo: Compreende em levar a droga junto de si, não usando nenhum meio de locomoção.

Neste aspecto, necessário consignar que por tratar-se de descrição de norma penal, não podemos efetuar uma interpretação extensiva, cabendo ao Juiz do processo analisar, fundamentar e adequar a efetiva conduta ao núcleo da ação descrita no artigo, tipificando-a e enquadrando-a.

### **4.3 Descriminalização ou Despenalização**

Primeiramente, devemos estudar o objeto jurídico do crime do art. 28 da Lei de Drogas.

O objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. Diversos defensores defendem que a utilização da droga causa danos à saúde do usuário, passando o problema a ser somente dele, não havendo razão do Estado intervir nisso.

Porém, o entendimento que prevalece é o de que a existência da droga coloca em risco toda a sociedade, não somente o usuário.

Esse é o posicionamento de César Couto e de Túlio Leno Góes Silva:

Como visto, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei de Drogas, é a saúde pública. Para atingir esse objetivo, o legislador procurou coibir não só o tráfico mas também a posse da droga para consumo pessoal. Ao se punir a posse do entorpecente, mesmo que para o uso pessoal do agente, visou o legislador punir toda e qualquer conduta capaz de gerar risco de propagação da droga, punindo, assim, a conduta perigosa ainda em seu estágio embrionário. Trata-se, portanto, de opção legítima do legislador, que visa uma sociedade sem drogas. Com efeito, tipifica-se a posse do entorpecente para uso pessoal como forma de impedir que tal comportamento, restando impune, evolua até se transformar em efetivos ataques à saúde pública. Em outras palavras, pune-se o perigo, antes que se convale em dano (COUTO, SILVA, 2015, s.p).

Dessa maneira é o entendimento de Fernando Capez:

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipificou a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação (CAPEZ, 2008, p. 699).

Ademais, a constatação após o eventual uso ou consumo de entorpecentes não é incriminado, ou seja, é o caso do indivíduo que é surpreendido imediatamente após ter feito uso de droga, consumindo-a por completo.

Cleber Couto e Túlio Leno Góes Silva (2015, s.p) pensam exatamente assim: “Por isso que o uso pretérito do entorpecente não é crime, pois se a droga não existe mais – eis que consumida – o risco de difusão e propagação do entorpecente deixa de existir”.

Além disso, Cleber Couto e Túlio Leno Góes Silva (2015, s.p) argumentam que houve a despenalização e não a descriminalização do art. 28: “Observa-se do texto do art. 28 da Lei 11.343/06 a despenalização do delito de porte de drogas para consumo pessoal, tendo em vista a abolição da pena privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de drogas”.

Os mesmos autores também elucidam em relação a criminalização do referido artigo:

Continua sendo crime o art. 28 da Lei de Drogas. Basta ver que o art. 28 está no capítulo III – Dos crimes e das penas, sendo aplicável tais sanções pelo Juizado Especial Criminal (art. 48 § 1º). O que houve foi a despenalização, ante a impossibilidade de pena privativa de liberdade ao usuário. Em outras palavras, a Lei 11343/2006 optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do artigo 28, de molde a possibilitar a sua recuperação e tratamento, o que fica claro, inclusive, no § 7º do art. 28. Todavia, permanece vigente a glosa penal àquele que possui drogas para consumo pessoal (COUTO, SILVA, 2015, s.p).

Fernando Capez entende do mesmo jeito:

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) (CAPEZ, 2008, p. 707).

Para Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior não houve a descriminalização:

Não é possível aceitar a tese de que o fato não é mais considerado infração penal, apenas porque a Lei não prevê pena privativa de liberdade em abstrato, com base no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que estabelece que são considerados crimes os fatos ilícitos a que a lei comine pena de reclusão ou detenção. Com efeito, a finalidade desse dispositivo era apenas a de diferenciar crimes e contravenções por ocasião da entrada em vigor concomitante do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, em 1º de janeiro de 1942. O dispositivo, porém, não tem força de norma constitucional e pode, portanto, sofrer restrições por novas leis, como ocorre no caso em análise (GONÇALVES, JUNIOR, 2016, p. 80).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal decidiu que realmente o art. 28 é crime:

"I- Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. **Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.** 7. **Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).** II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF. RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em

13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Nesse mesmo diapasão argumentam Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior:

[...] Deve-se lembrar, porém, que o porte de entorpecente representa um perigo para toda a coletividade, e não apenas para aqueles que portam e fazem uso da droga. A pessoa dependente, além de danos à própria saúde, pode ficar violenta, causar vários tipos de acidentes e, até mesmo, em face da necessidade de sustentar seu vício, cometer crimes contra o patrimônio ou de outra natureza. Por essas razões, entendemos não haver qualquer inconstitucionalidade no dispositivo [...] (GONÇALVES, JUNIOR, 2016, p. 83).

Portanto, não pode ser aceita a descriminalização do crime de posse de entorpecentes para consumo próprio, o que se busca evitar é o fácil acesso da droga para a sociedade, porque para satisfazer o vício, o usuário acaba atacando o patrimônio de outras pessoas, como no crime de furto, roubo.

#### **4.4 Procedimento Criminal**

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, competência do Juizado Especial Criminal, Lei nº 9.099/95, arts. 60 em diante. Se alguém for pego praticando alguma das condutas previstas no art. 28, não será preso em flagrante, devendo ser levado o mais rápido possível para o juizado, caso não exista o juizado, será lavrado o termo circunstanciado, onde o agente se comprometerá a se apresentar perante o juiz.

Depois disso, o autor do fato deverá passar pelo exame de corpo de delito e depois será liberado.

É isso que Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior escrevem:

O procedimento em relação a qualquer das condutas previstas no art. 28, salvo se houver concurso de crimes mais grave, é aquele descrito nos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95, sendo, assim, de competência do Juizado Especial Criminal. Dessa forma, a quem for flagrado na prática de infração penal dessa natureza não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juizado competente, ou,

na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando a autoridade policial as requisições dos exames e perícias necessários. Concluída a lavratura do termo circunstanciado, o agente será submetido a exame de corpo de delito se o requerer, ou se a autoridade policial entender conveniente, e, em seguida, será liberado (GONÇALVES, JUNIOR, 2016, p. 85).

Feito isso, será marcado uma audiência preliminar para o oferecimento da transação penal, se o agente preencher os requisitos elencados no art. 76 da Lei nº 9.099/95. Nesse momento, o Ministério Público poderá propor a aplicação das penas do art. 28, se o autor do fato aceitar a proposta, ela será homologada pelo juiz e ficará aguardando o cumprimento. Se devidamente cumprida, a pena deverá ser extinta.

Mas se a transação não for satisfeita, seja pelo não aceiteamento da proposta ou pelo não cumprimento, o representante do Ministério Público oferecerá denúncia, observando-se o rito sumaríssimo estabelecido na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Terminada a demonstração do procedimento criminal adotado ao crime, passaremos as considerações da pesquisa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a detida análise do presente estudo monográfico, chega-se à conclusão de que em muitos aspectos a Lei nº 11.343/06 foi muito mais eficaz do que as normas contidas na antiga Lei nº 6.368/76, no que se refere à prevenção e repressão do tráfico de drogas.

Inicialmente, não se pode olvidar que o aumento da pena mínima para o crime de tráfico teve enorme contribuição na repressão. Entretanto, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal admitindo no tráfico privilegiado a substituição da pena carcerária por restritiva de direitos foi um grande golpe contra a repressão profícua do tráfico.

De outra parte, a criação do mesmo tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33) também sanou grande injustiça com relação à Lei anterior no que descreve as variações das espécies de traficantes. Indubitável que hoje temos não só o traficante fornecedor da droga, que é aquele que efetivamente lucra com o comércio ilícito das drogas como também é aquele que personifica o verdadeiro marginal. Não se torna justo que possamos igualar este hediondo agente criminoso como aquele que por necessidade física se torna usuário – traficante.

Também não podemos esquecer das novas condutas dos arts. 34, 35, 36, 37, 38 e 39 que tornaram em maior intensidade punível o tráfico ilícito de entorpecentes.

A parte dessas inovações extremamente louváveis, infelizmente, a Lei não foi feliz com relação ao tratamento dado a condição primária do simples usuário que é surpreendido portando o entorpecente para o seu posterior uso próprio. Não se discute, que ao contrário do entendimento equivocado de muitos doutrinadores, não houve, evidentemente, a descriminalização da conduta. Sem dúvida, o que efetivamente ocorreu foi a não penalização da conduta com pena privativa de liberdade, adotando-se o critério da proteção e recuperação do usuário – dependente.

Da mesma forma, a título de esclarecimento, urge consignar que não houve, ao contrário do que se pretende fazer crer, a descriminalização do ato. Continuando como conduta criminosa típica, na verdade, a não aplicação de pena carcerária não descaracteriza o crime e tampouco o caráter punitivo e sancionatório da conduta.

As penas sócio-educativas, mesmo com caráter primordial de recuperação do usuário, impinge a ele encargos que possuem caráter sancionatório, a prestação de serviços à comunidade, a frequência a cursos e palestras, etc...

Entretanto, como houve uma melhora na punição do tráfico, porém, não significativa a ponto de debelá-lo eficazmente as benesses dos privilégios da Lei não tiveram, infelizmente, resultado efetivo na repressão ao comércio ilícito.

Não se duvida que o tráfico ao invés de diminuir, cresceu de maneira contundente. Na verdade, os benefícios trazidos pela Lei continuaram a fomentar a impunidade.

Com relação especificamente ao norte da nossa pesquisa é inquestionável que não houve diminuição no número de usuários – dependentes da droga, que ainda de maneira habitual, procuram os traficantes vendedores para saciar seus vícios. Infelizmente, as penas sócio-educativas pouco imprimiram aos usuários o medo de uma comissão efetiva e a vontade da recuperação de seu respectivo vício.

Não é demais consignar que em pesquisas relacionadas à prestação de serviços à comunidade vislumbramos, na prática que, o comparecimento a escolas, hospitais ou entidades beneficentes é “mascarada” no tocante à sua efetiva realização. Na maioria das vezes várias autoridades dirigentes dessas instituições, antevendo, de maneira preconceituosa, colocam empecilhos, já que temem a má influência dos usuários com os ocupantes dessas instituições. Dai porque, não é absurdo afirmar que em vários casos esses dirigentes, pelo medo relatado, atestam a frequência dos usuários, sem que eles, efetivamente, prestem o serviço determinado.

No caso da advertência sobre os malefícios das drogas, é praxe entregar ao acusado estudo do Conselho Federal de Medicina no tocante aos efeitos nocivos dos entorpecentes. Da mesma forma não é absurdo afirmar que muitos desses estudos são encontrados, logo após a audiência de advertência, jogados em lixos localizados nas próprias dependências do fórum ou ao redor do prédio.

Dessa forma, o objetivo de tal dispositivo da Lei em comento, não foi efetivo e eficaz na recuperação dos “drogaditos”.

A solução que encontramos no nosso estudo, não só para a repressão ao tráfico e a prevenção ao uso, não se resume à incidência da Lei Penal, mas também

às efetivas políticas públicas a serem tomadas no âmbito dos governos, em suas esferas nos campos da saúde, educação e promoção social.

Sem a retirada das inquestionáveis diferenciações e escalas sociais não se pode vislumbrar o declínio da venda e uso dos entorpecentes em larga escala. Além da questão social é inerente afirmar que o acesso às drogas é por demais facilitado. Os pontos de tráfico multiplicam-se, em grande escala nas nossas cidades. Hoje, temos, inclusive, a droga “delivery”, com a entrega do entorpecente diretamente na residência do consumidor, como “fast-food” ou “disk-pó”.

Em suma, além das políticas públicas, uma maior repressão dotada de poder sancionatório eficaz são imprescindíveis para a recuperação da nossa sociedade envolvida nesses tipos penais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Patricia. **Evolução do Direito Penal e suas Penas no Brasil**. Jusbrasil. 26. maio. 2015. Disponível em <https://polianaoliveira31.jusbrasil.com.br/artigos/191264218/evolucao-do-direito-penal-e-suas-penas-no-brasil>. Acessado em 04. maio. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000; p. 95.

BRASIL, Código Penal. 1940. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em 14. agosto. 2019.

BRASIL, Código Criminal do Império. 1830. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acessado em 26. maio. 2019.

BRASIL, Constituição Federal. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 09 de junho. 2019.

BRASIL, Código Penal. 1942. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em 04 de setembro de 2019.

BRASIL, Lei nº 11.343/2006. Dispõe sobre a Lei de Drogas. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acessado em 23 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 430105 – Distrito Federal. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, Plenário, 13 fev. 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*, n. 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V 1. 18ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. V 4. 3ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2008.

COUTO, Cleber; SILVA, Túlio. A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4460, 17 set 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42689>. Acessado em 27 set 2019.

ESTEFAM, André, et al. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo, Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Victor, et al. **Legislação penal especial**. 2ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio. **Direito penal: parte geral**. V 1. 32ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2011.

LARA, S. (org.). *Ordenações Filipinas, Livro V*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2014.

LIMA, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Ed, Juspodvim.

MIRABETE, Julio Mirabbete, et. al. **Manual de direito penal**, V 1. 26ª Ed, São Paulo, Atlas, 2010.

PESSOA, Gláucia. **Código Criminal do Império**. MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. 11. novembro. 2016. Disponível em <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/281-codigo-criminal>. Acessado em 26. maio. 2019.

SILVA, César. *Lei de drogas comentada*. 2ª Ed, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 2016.