

O USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Rômulo Lins Alves *

Mirena Oliveira Ferreira Lins **

SUMÁRIO: 1. O usuário de drogas e a política criminal adotada pela Lei 11.343/06. 2. O usuário de drogas à luz da doutrina e da jurisprudência: 2.1. Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade. 2.2. Uso imediato sem prévia detenção e Uso pretérito. 2.3. Perigo Abstrato e Princípio da Insignificância. 2.4. Critério adotado para se aferir a finalidade: uso próprio ou tráfico? 2.5. A discussão acerca da "Descriminalização" da posse de drogas para consumo pessoal. 2.6. Das penas. 3. Conclusão.

1. O USUÁRIO DE DROGAS E A POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA PELA LEI 11.343/06

É cediço que, sob a égide da nova lei de drogas, o usuário recebeu um tratamento diferenciado. Em comparação com as Leis 6.368/76 e 10.409/02, expressamente revogadas pela Lei 11.343/06, o tratamento dispensado ao usuário reveste-se de uma brandura antes inexistente.

Com efeito, asseverou o Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCriminal) do Ministério Público do Pará, Dr. Aldir Jorge Viana da Silva, que

o usuário recebeu tratamento diferenciado, pois, ocorreu uma *novatio legis in melius*, tendo em vista que a nova lei revelou-se muito mais benéfica que a anterior e, portanto, tem caráter retroativo pleno, abrangendo desde o condenado até aquele que está sendo investigado em inquérito policial.¹

* Promotor de Justiça do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Público pela UNISUL e em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNIDERPE.

** Técnica do Ministério Público de Sergipe. Pós-graduada em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL, em Direito Processual Civil e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

¹ SILVA, Aldir Jorge Viana da. O usuário e o traficante à luz da nova lei de drogas. Centro de Apoio Operacional Criminal. Belém. 2009, p.3.

Nessa esteira, de uma pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa (art. 16 da Lei 6.368/76), o usuário de drogas passou a submeter-se as seguintes medidas: i) advertência sobre os efeitos das drogas; ii) prestação de serviços à comunidade; iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em razão dessa mudança de pena, a doutrina acendeu a discussão acerca da descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. Esse ponto será tratado no tópico a seguir. Reservam-se os autores, neste intróito, em desvendar qual a política criminal adotada pela nova lei de drogas em relação ao dependente de drogas, ainda que não se trate de tarefa fácil e pacífica.

Nilo Batista conceitua a política criminal como sendo os princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.²

Com mais pormenores, Décio Alonso Gomes compreende a política criminal da seguinte forma:

A política criminal, em sentido estrito, consiste no programa de objetivos de métodos de procedimento e de resultados que, principalmente, o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal conduzem e desenvolvem na prevenção e repressão da criminalidade, tudo à luz de diretrizes previamente traçadas (ou de comportamentos reativos não orientados, é dizer, posturas adotadas autonomamente e sem sistematização pelos integrantes do front do combate à criminalidade: os policiais.³

É consabido que a política criminal em matéria de drogas, durante anos, esteve centrada em duas opções opostas: o proibicionismo e a legalização (antiproibicionismo).⁴

É certo também que o presente trabalho não tem a audácia de finalizar as discussões acerca da política criminal em matéria de drogas. O que se quer,

² (BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 10º ed., 2005. p. 34.)

³ GOMES, Décio Alonso. Política Criminal Brasileira e o Papel do Ministério Público. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. nº 36, abril/junho de 2010. p. 21-22.

⁴ Greco Filho, Vicente. Tóxicos. Prevenção e repressão. Comentários à Lei 11.343/06 – Lei de Drogas. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 60.

especificamente neste ponto, é dizer duas palavras sobre os modelos acima mencionados, acrescentando a eles outros dois (que são em verdade desdobramentos do modelo antiproibicionismo).

Nessa esteira, Jesús Morant Vidal aduz que

a política criminal do proibicionismo pretende restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a produção, a distribuição e o consumo de drogas e matérias primas. [...] O modelo proibicionista é baseado em três ideias básicas: o direito penal como único sistema de controle social para enfrentar o problema; o direito penal deveria estabelecer-se de forma ampla abrangendo não só a utilização não autorizada das substâncias, mas também todas as condutas que viabiliza tais utilizações; para aplicabilidade do controle penal são necessários meios processuais que garantam a investigação, a eficácia da punição e a cooperação internacional⁵

O mesmo autor assevera que, em razão do fracasso do proibicionismo, houve a necessidade de reformulação do modelo legislativo, agora analisado sob uma ótica multidisciplinar, sendo que os parâmetros dessa nova concepção visam mais à minimização do impacto dos problemas derivados da droga e seus riscos do que a total erradicação da substância, de modo que essa postura resultou numa nova política criminal em matéria de drogas denominada “redução de danos”.⁶

Registre-se, como o fez Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues⁷, que a política de redução de danos passou a ser aplicada ao campo da droga por ocasião da epidemia da AIDS, na década de 1980, com a distribuição de seringas estéreis entre os usuários de drogas injetáveis (UDIs), para evitar o compartilhamento, como forma de minimizar os riscos da doença.

Em apertada síntese, ainda segundo a referida autora, essa política da redução dos danos no cenário das drogas inclui

o acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário (ou mantendo o vício controlando a quantidade de droga do usuário de modo a reduzir o comportamento de risco, ou promovendo a desintoxicação, em que a quantidade da droga é reduzida

⁵ *Apud* Greco Filho. Op. Cit. p 60, nota de rodapé 70.

⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 61.

⁷ Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 68-71.

progressivamente); criação de narcossalas (loais onde o consumo, especialmente de heroína, é seguro e sem risco da repressão policial, onde também é disponibilizado dados informativos sobre overdose e contaminação); implemento de programas de substituição, prescrição de heroína a viciados (como forma de aumentar a autoestima do usuário, por meio de atendimento médico, também evitando o contato com o mercado ilícito e a prática de crimes patrimoniais para viabilizar a obtenção da droga); e finalmente programas de reinserção social e de melhoria da qualidade de vida do viciado.⁸

Ainda se fala, nesses novos desdobramentos, no modelo da Justiça Terapêutica. Segundo Greco Filho, configura denominação genuinamente brasileira e baseou-se no modelo das *Drugs Courts* norte-americanas, em que se propõem medidas alternativas a pena de prisão, visando o tratamento e a recuperação do usuário ou dependente.⁹

De acordo com o site da Associação Nacional de Justiça Terapêutica, compreende “um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados”.¹⁰

Expostos os modelos defendidos pela doutrina nacional e internacional, pode-se dizer, com Cristiano Avila Maronna, que

a nova lei transita no fio da navalha, entre a cruz e a caldeirinha, ao buscar um equilíbrio entre a postura preventiva e repressiva. Assim, de um lado afirma o respeito aos direitos fundamentais, compromete-se com uma abordagem multidisciplinar, reconhece a necessidade de equilíbrio, a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso e da repressão à produção e ao tráfico. De outro produz um alargamento no campo punitivo. [...] O novo diploma tem duas marcas distintas: 1) pune com penas diferentes da prisão a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte, o porte, o sementeio, o cultivo e a colheita para consumo pessoal; e 2) agrava a repressão ao tráfico e produção não autorizada de drogas, inclusive prevendo novas figuras típicas e, principalmente, vedando a fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e substituição por penas restritivas de direitos. De qualquer forma, as duas marcas adotadas transparecem que não foi abandonada a política repressiva do proibicionismo, quer pela não descriminalização da conduta do usuário, quer pela criação de novos crimes, aumento de penas e a adoção de restrições de natureza processual. São por essas razões que conclui que o pretenso abrandamento dado ao porte para consumo pessoal

⁸ Idem, *Ibidem*.

⁹ Op. Cit. p. 71 (nota de rodapé 81)

¹⁰ www.anjt.org.br

é, na verdade, uma cortina de fumaça com objetivo de contrabalancear o agravamento da punição do tráfico.¹¹

2. O USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Pretende-se abordar aqui, em poucas linhas, alguns temas discutidos na doutrina e que, de igual forma, refletem na jurisprudência referente ao tema “usuário de drogas”.

2.1. PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

Segundo o magistério de Capez, o princípio em tela impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse.¹²

Tendo em conta o conceito acima descrito, poder-se-ia alegar ofensa a esse princípio no tocante à tipificação contida no art. 28 da Lei 11.343/06. Ocorre que a justificativa em tela não merece guarida, porquanto não há, na verdade, a tipificação de “usar a droga”, o que se procura impedir é o perigo social engendrado no ato de portar a droga, evitando-se, por conseguinte, a circulação da droga na sociedade.

Confira-se, por oportuno, o pensamento de Capez:

A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe a transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.

De igual modo, registra-se a posição de Vicente Greco Filho:

A lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de “usar” (entendimento acolhido por nossos tribunais desde a vigência da Lei 5.726).

A jurisprudência segue por essa senda:

Tóxico – Uso próprio – Artigo 16 da Lei nº 6.368/76 – Absolvição – Admissibilidade – Réu que fumava maconha – Atipicidade – Ausência do núcleo “fumar” no tipo – Art. 386, III, do Código de Processo Penal –

¹¹ Nova Lei de Drogas: retrocesso travestido de avanço. Bol. IBCrim, ano 14, nº 167, out. 2006, p. 4)

¹² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Especial. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 756.

Recurso provido (ACrim 295.635-3, Lins, 3ª Câ. Crim. Rel. Luiz Pantaleão, j. 4-4-2000)

Entorpecente – Uso próprio – Conduta atípica – Ocorrência – Uso de estupefaciente sem que nada fosse encontrado em poder do acusado – Tipo descrito no art. 16 da Lei 6.368/76, que exige, para sua consumação, a efetiva posse ou guarda de substância tóxica (TJMG, RT, 798/668)

Crime contra a saúde pública – Porte de entorpecente – Acusado surpreendido e preso quando fumava um cigarro de maconha – Fato atípico – Absolvição decretada – Inteligência do art. 16 da Lei 6.368/76 (TACrimSP, Ement., RT, 548/336)

2.2. USO IMEDIATO SEM PRÉVIA DETENÇÃO E USO PRETÉRITO

Como alhures frisado, o que a lei pune é o risco social advindo da conduta daquele que detém a droga, haja vista a possibilidade de circulação da droga pela sociedade.

Conforme Capez, “é exatamente por isso que a lei não incrimina o uso pretérito (desaparecendo a droga, extingue-se a ameaça)”.¹³

Esboçando o mesmo posicionamento, Greco Filho aduz que “o que a lei focaliza é aquele perigo contra a saúde pública, existente enquanto o agente traz a droga, mas que desaparece com o seu consumo”. Em sede de arremate, o autor assevera que “situação semelhante e que resulta em um non liquet é a do alegado uso no passado”.¹⁴

Confirmam-se os seguintes arestos:

Comércio clandestino de entorpecentes – Ato pretérito de utilização de tóxicos – absolvição. A legislação antitóxicos não prevê o ato pretérito de utilização de entorpecente como crime definido (Ap. 169.231 – Atibaia, AC. Um. 6ª Câ. TACrim, em 14-2-1978). “Comércio clandestino de entorpecente – Uso pretérito de maconha – Delito não configurado – Voto vencido. A Lei nº 6.368 de 1976, não pune o agente por haver feito uso de entorpecente em momento anterior à sua prisão, mas, sim, pela ‘guarda’ ou ‘trazer consigo’, para uso próprio. Assim, se alguém fuma maconha, mas, quando surpreendido, não conduz consigo, nem a guarda ou conserva, impossível será enquadrá-lo na ação típica incriminada” (TACrim, Ap. 179.903, Sorocaba, AC. 4ª Câ. Rel. Juiz Gonçalves Sobrinho, j. 10-4-1978, JTACrimSP, 51/318)

¹³ Op. Cit. p. 757.

¹⁴ Op. Cit. p. 157.

Comércio clandestino de entorpecentes – Consumo de maconha – Delito não configurado. “Fumar maconha, simplesmente, não é crime. Assim, quem consome a erva e tem a sorte de não ser surpreendido com a mesma em seu poder delito algum comete” (TACrim, Ap. 173005, Jundiaí, AC. Um. 3ª Câ. Rel. Lauro Alves, j. 1º-12-1077, JATCrimSP, 51)

Nessa quadra, a primeira turma do Pretório Excelso, por meio da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, ainda sob os auspícios da Lei 6.368/76, decidiu que “a conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti a consume”¹⁵ não constituiria o crime previsto no então art. 16 da referida lei. Isso porque não se avistaria o perigo para a saúde pública.

2.3. PERIGO ABSTRATO E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Por ser de perigo abstrato, mesmo a pequena quantidade de droga em poder do usuário configura fato típico.¹⁶ Segundo o escólio de Capez, “é irrelevante a quantidade de droga portada para a caracterização do delito previsto nesse artigo [art. 28 da Lei 11.343/06]”.¹⁷

Guilherme de Souza Nucci, uma das maiores autoridades do Direito Penal, ensina que

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

Tanto o STF quanto o STJ decidem recorrentemente neste sentido:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - TRÁFICO DE DROGAS. O fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga - três gramas - não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga

¹⁵ STF, 1ª Turma, HC 189/SP, J. 12-12-2000, DJU 9-3-2001.

¹⁶ Essa é a tese prevalecente na doutrina e na jurisprudência. Em sentido contrário, tem-se o posicionamento de Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.108/113): A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito Penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta.

¹⁷ Op. Cit. p. 757.

em penitenciária para venda a detentos. (STF, 1ª T., HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7-11-2006, DJ 15-12-2006, p. 00095)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TÓXICOS (ART. 16 DA LEI Nº 6368/76). PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PERIGO PRESUMIDO. I – O delito previsto no art. 16 da Lei de Drogas é de perigo presumido ou abstrato, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo. II – O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente in genere, uma norma incriminadora. Se esta visa as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (v.g., "um cigarro de maconha") visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos (v.g., arts. 12, 16 e 37 da Lei nº 6368/76). A própria resposta penal guarda proporcionalidade, no art. 16, porquanto apenado com detenção, só excepcionalmente e, em regra, por via da regressão, poderá implicar em segregação total (v.g. art. 33, caput, do Código Penal). Recurso desprovido. (STJ, 5ª T, Resp. 612.064/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 1º-6-2004, DJ 1º-7-2004, p. 273)¹⁸

Vale ressaltar que a Corte Suprema estabeleceu, recentemente, vetores para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nada obstante, conforme o escólio de Fernando Capez, “tais vetores, capazes de descaracterizar no seu aspecto material a tipicidade penal, não estariam presentes na conduta de portar pequena quantidade de droga”, aduzindo ainda que

o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes) – por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar em seu aspecto material, a própria tipicidade penal – tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância (RTJ 68/360 – RTJ 119/453 – RTJ 119/874 – RTJ 139/555 – RTJ 151/155-156, RTJ 169/976, RTJ 170/187-188, RTJ 183/665, RTJ 184/220)

2.4. CRITÉRIO ADOTADO PARA SE AFERIR A FINALIDADE: USO PESSOAL OU TRÁFICO?

¹⁸ Na obra alhures mencionada, Capez colaciona uma plêiade de decisões do STJ no mesmo sentido da aqui transcrita (Op. Cit. p. 759). Frise-se ainda que Vicente Greco Filho, no ementário de jurisprudência da obra Tóxico, também traz uma saraivada de decisões, tanto do STF quanto do STJ, no sentido aqui abordado.

A Lei 11.343/06, em seu artigo 28, parágrafo 2º, estabeleceu critérios para se aferir qual a destinação da droga (consumo pessoal ou tráfico): natureza e quantidade da substância apreendida (objeto material do delito), local e condições em que se desenvolveu a ação (o desvalor da ação), circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (agente do fato).

Convém lembrar a escorreita lição de Luiz Flávio Gomes acerca dos sistemas legais de valoração do destino da droga:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante.¹⁹

E conclui-se, sem maiores problemas, que o legislador adotou, na avaliação da destinação da droga (consumo pessoal ou tráfico), o critério do reconhecimento judicial ou policial e não o critério da quantificação legal.

Diga, por fim, que não foi outra a conclusão que chegou Aldir Jorge Viana da Silva:

O ordenamento jurídico pátrio adotou o segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Destarte, compete ao juiz ou a autoridade policial reconhecer, com fundamento nos critérios legais objetivos, se a droga encontrada destina-se ao consumo pessoal ou ao tráfico. Todavia, o julgamento do magistrado não pode constituir-se em apreciação meramente subjetiva, pois terá como parâmetro os critérios legais para valorar se o fato configura tráfico ou consumo pessoal de drogas. Logo, note-se que o critério de avaliação é objetivo e não subjetivo.

2.5. A DISCUSSÃO ACERCA “DESCRIMINALIZAÇÃO” DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Luiz Flávio Gomes assevera que se trata de infração *sui generis* inserida no âmbito do Direito Judicial Sancionador. Não seria norma administrativa, nem penal, porquanto, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º), só é crime

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei ...Op. cit., p.131.

se for prevista a pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulativamente, o que não ocorreria na hipótese do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.²⁰

De outra banda, Capez assevera que não houve descriminalização, pois o fato continua a ter natureza de crime. A uma porque a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas. A duas porque as sanções só podem ser aplicadas, mediante o devido processo legal, por juiz criminal e não por autoridade administrativa.²¹

Colocando uma pá de cal sobre o tema, o STF decidiu que não houve a descriminalização, mas apenas e tão somente ocorreu a “despenalização” da conduta em foco:

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 despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as 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.²²

2.6. DAS PENAS

²⁰ Idem, Ibidem, p. 108-113.

²¹ Op. Cit. p. 762.

²² STF, 1ª T., RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, DJ 27-4-2007.

A Lei de Drogas, em seu artigo 28, previu as seguintes penas para o usuário de drogas: i) advertência sobre os efeitos das drogas; ii) prestação de serviços à comunidade; e iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Não se emitirá pronunciamento sobre as penas em si, porquanto a leitura delas já é auto-explicativa. Todavia, vale registrar, em razão de sua alta incidência prática, três pontos: i) consequência do descumprimento injustificado da pena; ii) qual o tipo de reincidência para aumento da pena e iii) pena a ser aplicada em caso de tentativa.

Capez vaticina que “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 a multa.”²³

Em resposta ao segundo ponto, o mesmo autor, contrariando o posicionamento de Luiz Flávio Gomes, para quem a reincidência deve ser específica, aduz que a lei não previu a reincidência específica, de modo que qualquer forma de reincidência gera a consequência prevista no parágrafo 4º do art. 28 (penas aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses).²⁴

Por fim, em relação à tentativa, perfeitamente possível sua incidência na conduta adquirir, nos casos de penas de serviços à comunidade e imposição de medida educativa, deve-se dosar a pena de acordo com a previsão legal (5 meses, se primário e 10 meses, se reincidente). Já para a pena de advertência não há qualquer possibilidade de diminuição.

3. CONCLUSÃO

À vista do exposto, conclui-se que não foi abandonada a política repressiva do proibicionismo, uma vez que, além de não ter sido descriminalizada a conduta do usuário, houve a tipificação de novos crimes, aumento de penas e a adoção de restrições de natureza processual.

²³ Op. Cit. p. 764.

²⁴ Idem, Ibidem, p. 764

De outra banda, constata-se que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais abordados em relação aos usuários já estão consolidados no cenário jurídico, sendo uma fonte segura para a manifestação dos membros do *Parquet* na labuta diária.

Em arremate, registre-se que não se comentou acerca da virada da jurisprudência do STF acerca da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao tráfico de drogas por transbordar dos limites aqui fincados, quais sejam questões condizentes aos usuários de drogas.