



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MONICA DE SOUZA FIRMINO

**ASPECTOS PONTUAIS DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL:
DESTAQUES ACERCA DA DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO**

MONICA DE SOUZA FIRMINO

**ASPECTOS PONTUAIS DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL:
DESTAQUES ACERCA DA DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ulisses Gabriel

Tubarão

2007

MONICA DE SOUZA FIRMINO

**ASPECTOS PONTUAIS DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL:
DESTAQUES ACERCA DA DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 16 de novembro de 2007.

Prof. e orientador Ulisses Gabriel
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Marcelo Wegner
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Alexandro Sommariva
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho aos meus pais, Jadna e Nelson, e a minha irmã, Jaqueline, pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas. Vocês são o meu presente de Deus. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

A Deus pela vida.

Aos meus pais, Jadna e Nelson, pelo apoio e dedicação durante os meus estudos, com todo amor, carinho e respeito, agradeço.

Agradeço ao meu orientador, Ulisses Gabriel, pessoa que admiro por seu notável saber jurídico, humildade e generosidade, bem como pela excelente didática ao transmitir seus conhecimentos, pela disponibilidade de tempo e atenção, pelos ensinamentos na realização deste estudo.

A minha gratidão pela existência de vocês e o meu orgulho por tê-los ao meu lado, contribuindo de forma significativa para essa grandiosa conquista, divido com vocês toda essa minha alegria, obrigada!

“Nunca perca fé na humanidade, pois ela é como o oceano. Só porque existe gotas de água suja nele, não quer dizer que ele esteja sujo por completo”. (MAHATMA GHANDI).

RESUMO

O Direito Penal é de extrema importância para a sociedade, pois é ele que sanciona determinadas condutas, estas sendo descritas como infrações penais que cominam as sanções correspondentes, bem como as medidas de segurança e sócio-educativas. Esse ramo do direito tem como primordial função, a proteção dos valores fundamentais, como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc. Entretanto, constata-se que o Direito Penal assume nos dias de hoje, um papel desafiador, porque em que pese possuir três tipos de penas, quais sejam, pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e multa, e sendo a pena privativa de liberdade a principal sanção àqueles que violam o ordenamento jurídico penal, o que se percebe é que a pena de prisão não atinge mais a finalidade esperada pela sociedade, bem como pelo Estado, para determinadas infrações. Nesse pensar, a novel Lei de Drogas trouxe significativas mudanças com relação ao usuário ou dependentes de drogas, uma vez que sua meta principal é solucionar o problema do uso de drogas, sem a aplicação da pena privativa de liberdade, haja vista a preocupação maior residir nas atividades voltadas à prevenção, bem como o tratamento, recuperação e reinserção social do usuário ou dependente de drogas. Dessa forma, diante da inaplicabilidade da pena privativa de liberdade, se discute na doutrina se houve a descriminalização ou despenalização da posse de droga para consumo pessoal.

Palavras-chave: Drogas. Usuário ou dependentes de drogas. Posse de droga para consumo pessoal. Despenalização. Descriminalização.

ABSTRACT

The Criminal law is very important for the society, therefore it is which sanction determined behaviors, these are being described as misdemeanors that threaten the corresponding sanctions, as well as the measures of security and partner-educative. This branch of the right has as primordial function the protection of the basic values, as the life, the health, the freedom, the property, etc. However, the Criminal law assumes a challenging paper nowadays, because there are three types of penalty: privative penalty of freedom, restrictive penalty of rights and fine, and the privative penalty of freedom is the main sanction to the people that violate the legal system criminal, what it perceives is that the punishment by confinement doesn't reach more the purpose waited for the society, as well as for the State, for determined infractions. In that case, the novel Law of Drugs brought significant changes with relation to the user or dependents of drugs, seeing that its main goal is to solve the problem of the use of drugs, without the application of the privative penalty of freedom, because the activities about the prevention are more important in this case, as well as the treatment, the recovery and his return to the society of the user or dependent of drugs. So, about of the don't application of the privative penalty of freedom, there are many argues in the doctrine if it had the discrimination or unsentention of the ownership of drug for personal consumption.

Key-words: Drugs. User or dependents of drugs. Ownership of drug for personal consumption. Unsentention. Discrimination.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO PENAL	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 FUNÇÃO	13
2.3 OBJETO	14
2.4 NORMA PENAL	16
2.5 NORMA PENAL INCRIMINADORA	19
2.6 NORMA PENAL NÃO INCRIMINADORA	22
2.7 NORMA PENAL EM BRANCO	25
3 TEORIA DO CRIME E FINALIDADE DA PENA	32
3.1 CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL	32
3.1.1 Tipicidade	34
3.1.2 Tipicidade objetiva	36
3.1.3 Conduta	38
3.1.4 Resultado	39
3.1.5 Nexo causal	40
3.2 INTRÓITO DA FINALIDADE DA PENA	41
3.2.1 Aspectos da pena privativa de liberdade	43
3.2.2 Aspectos da pena restritiva de direitos	45
3.2.3 Multa	50
3.2.4 Finalidade atual da pena	52
4 ASPECTOS PONTUAIS DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL: DESTAQUES ACERCA DA DESPENALIZAÇÃO/DESCRIMINALIZAÇÃO ...	54
4.1 NOVEL LEI N.º 11.343/06	54
4.2 TIPOS DE DROGAS PROIBIDAS	56
4.3 CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DO TRÁFICO DE DROGAS	59
4.4 USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS	60
4.5 DESCRIMINALIZAÇÃO	66

4.6 DESPENALIZAÇÃO	69
4.7 DO REGIME ATUAL	73
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	79
ANEXO	83
ANEXO A - LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.....	84

1 INTRODUÇÃO

O assunto da presente monografia abordará os aspectos pontuais da posse de droga para consumo pessoal, destacando as teorias da despenalização e descriminalização frente o novo artigo 28 da Lei 11.343/06.

Para tanto, inicia-se o estudo, abordando as considerações gerais do Direito Penal, com intuito de destacar a sua atuação na sociedade, bem como analisar o seu ordenamento jurídico, uma vez que este ramo é o responsável por sancionar determinadas condutas, a fim de assegurar o equilíbrio social.

Além disso, com a finalidade de completar o estudo, no segundo capítulo será abordada a teoria do crime, bem como a finalidade da pena, a fim de analisar se hoje o Direito Penal frente às suas penas, privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa, assume um papel desafiador na sociedade, haja vista a crise da pena de prisão.

É diante dessas verificações, que no terceiro capítulo irá se abordar o presente tema da monografia, sendo que o enfoque do estudo será quanto aos usuários ou dependentes de drogas, uma vez que estes ao fazerem uso de drogas, não são mais presos em flagrante, como era previsto no artigo 16 da antiga Lei nº. 6368/76.

Verifica-se que a novel Lei de Drogas tem por escopo solucionar o problema do uso de drogas sem a aplicação da pena privativa de liberdade, haja vista a preocupação maior estar nas atividades voltadas à prevenção, como também no tratamento, recuperação e reinserção social dos usuários ou dependentes de drogas.

O objetivo primordial do estudo é analisar se houve a despenalização ou descriminalização do delito de posse de droga para consumo pessoal, haja vista o artigo 28 da Lei de Drogas, nº 11.343/06 apresentar penas restritivas de direitos, ao invés da pena privativa de liberdade.

Ademais, hoje, no cenário doutrinário muito se discute qual a teoria a ser aplicada, e sobre o assunto, o Supremo Tribunal de Justiça já se posicionou indicando a teoria mais acertada.

Esta monografia foi elaborada com base na pesquisa bibliográfica, procedendo-se a investigação científica através da doutrina, legislação, artigos e jurisprudência.

Inicialmente irá se abordar as considerações gerais do Direito Penal, ou seja, conceito, função, objeto, norma penal incriminadora, norma penal não incriminadora e norma

penal em branco; após irá se abordar a teoria do crime, bem como a finalidade da pena; e por fim irá se analisar os aspectos pontuais da posse de droga para consumo pessoal, destacando também as teorias da despenalização e descriminalização, indicando o regime atual na visão do Supremo Tribunal Federal.

2 DIREITO PENAL

Neste capítulo será abordado de forma breve as considerações gerais do Direito Penal, ou seja, conceito, função, objeto, norma penal incriminadora, norma penal não incriminadora, norma penal em branco, com o intuito de apresentar de forma breve, porém didática o início deste estudo.

2.1 CONCEITO

Para entender o objeto desse estudo, cumpre esclarecer que se inicia pelo conceito de Direito Penal que para a sociedade é um ramo do ordenamento jurídico de extrema importância, haja vista ser o meio pelo qual o “Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal”.¹

Ainda, segundo Capez:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.²

Assim, vê-se que o Direito Penal assume fundamental papel perante todos, uma vez que seleciona comportamentos indesejáveis, capazes de afetar valores fundamentais destacados pela sociedade, como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, entre outros.

Bitencourt afirma que “o Direito Penal apresenta-se como *um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança*”.³

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3. Conforme entendimento de Fragoso, acrescenta-se ainda em relação a legalidade: o crime necessita de elementos que o caracterizam, dentre os quais a tipicidade objetiva (legalidade). Assim, uma conduta criminosa e legal, não sendo dessa forma ilegal, o que implica considerar que ilegalidade não é sinônimo de ilicitude.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 1.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 1-2.

No mesmo sentido, Jescheck citado por Mirabete conceitua o Direito Penal como sendo “um conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança”.⁴

Para Noronha, Direito Penal “é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”.⁵

Batista ensina que o “direito penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução de sanções cominadas”.⁶

Válido ainda, a análise do conceito trazido por Mirabete que na sua obra entende que “à reunião de normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de *Direito Penal*”.⁷

Ante o exposto, tem-se que o Direito Penal, de natureza material, é um conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, com o intuito de sancionar determinadas condutas, estas sendo descritas como infrações penais e que lhe cominam as sanções correspondentes, bem como as medidas de segurança e sócio educativas.

2.2 FUNÇÃO

Após uma breve digressão acerca do conceito de Direito Penal, nesse momento é necessário o esclarecimento da função do Direito Penal.

Somente para destacar, pode-se constatar que a existência do Direito Penal, é de certo modo, essencial para uma vida em sociedade, eis que estabelece regras indispensáveis para o convívio humano.⁸

Irrefutável que o direito a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., são indispensáveis para o convívio humano. Assim, o Direito Penal assume um papel desafiador,

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 23.

⁵ NORONHA, E. Magalhães apud MIRABETE, 2004, p. 23.

⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20.

⁷ MIRABETE, op. cit., p. 21.

⁸ Ibid., p. 21.

cuja missão é proteger esses valores, destacados como fundamentais, mantendo um equilíbrio dentro da sociedade.⁹

Além disso, procura através de seu ordenamento jurídico estabelecer regras, a fim de que desempenhe, não somente uma intimidação coletiva, mas a prevenção dita como geral, capaz de prevenir tais infrações, atingindo o respeito às normas.

Ainda, Capez afirma sinteticamente que

estabelece-se um compromisso de lealdade entre o Estado e o cidadão, pelo qual as regras são cumpridas não apenas por coerção, mas pelo compromisso ético-social que se estabelece, mediante a vigência de valores como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade etc.¹⁰

No mesmo sentido, Vieira Filho acrescenta que

o Direito Penal se acerca e se aplica não a todo e qualquer bem protegido pelo Jurídico, mas aos bens jurídicos tomados por Fundamentais, a saber, grosso modo: vida, liberdade e propriedade — bens ou valores jurídicos considerados essenciais à subsistência da sociedade.¹¹

Para Fragoso:

A função básica do Direito Penal é a defesa social. Ela se realiza através da chamada *tutela jurídica*: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicabilidade da pena ao transgressor e por sua execução.

Assim, vislumbra-se que o Estado, para manter a ordem, dispõe de um mecanismo primordial, qual seja, o Direito Penal, sendo este, o meio aplicador da pena e das medidas de segurança, com o fim de proteger os valores fundamentais presentes na sociedade.

⁹ Nesse sentido, Capez ensina que a missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade de justiça. Cf. CAPEZ, 2006, p. 2.

¹⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹¹ VIEIRA FILHO, Francisco de Sousa. O direito penal como "ultima ratio", suas funções e limites. Breve análise sob o fio condutor sociedade, Estado e Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1257, 10 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9269>>. Acesso em: 08 nov. 2007.

2.3 OBJETO

Foi visto que o Direito Penal assume um grande papel dentro de uma sociedade, pois seu bem maior é a proteção social. Diante disso, importante destacar a quem é dirigido esse instrumento protetor, assim tem-se como objeto do Direito Penal, o homem, sendo, por conseguinte, a conduta humana, o grande fator de relevância para a coletividade.

É o entendimento de Capez:

No tocante ao seu objeto, tem-se que o Direito Penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim. Assim, lastreia-se o Direito Penal na voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final. Desse modo, o âmbito da normatividade jurídico-penal limita-se às atividades finais humanas. Disso resulta a exclusão do âmbito de aplicação do Direito Penal de seres como os animais, que não têm consciência do fim de seu agir, fazendo-o por instinto, bem como dos movimentos corporais causais, como os reflexos, não domináveis pelo homem.¹²

Note-se, que a existência do Direito Penal está diretamente relacionada ao homem, uma vez que este é o único capaz de executar as ações descritas em seu ordenamento jurídico.

Diante disso, estão descartados do âmbito de incidência penal, aqueles seres que não possuem capacidade intelectual, que são os animais, bem como aquelas condutas humanas que não são de seu domínio.

Assim, Falconi ensina que

do ponto de vista objetivo, o Direito Penal está composto por um conjunto de normas positivas. A isto denominamos direito positivo. Direito que pode ser percebido por qualquer pessoa – homem médio comum, como dizem os psicólogos.¹³

Além disso, o mesmo autor afirma que “o Direito Penal é chamado a intervir nas relações das pessoas, quando outros ramos já não são eficazes para restaurar o equilíbrio social”.¹⁴

Vê-se que o Direito Penal age diretamente no convívio humano, eis que este ramo só pode ser percebido pelo homem médio comum, assim, sua busca maior é restaurar o equilíbrio, ou melhor dizendo, a paz social.

¹² CAPEZ, 2006, p. 3.

¹³ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Ícone, 2002, p. 27-28.

¹⁴ Ibid., p. 28.

A corroborar o entendimento, Fragoso ensina que “o fim do direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social.”¹⁵

Bitencourt entende que “o Direito Penal protege, dentro de sua função ético-social, o comportamento humano [...]”¹⁶

Sendo assim, evidenciado está que o objeto do Direito Penal é o “homem médio comum”, uma vez que é o único ser com capacidade intelectual para executar as infrações presentes em seus comandos, por isso, um está diretamente relacionado ao outro.

Ainda, cabe salientar que o fator de relevância do homem perante o Direito Penal, é a sua conduta, pois este é o momento em que poderá ser infringido as regras de seu ordenamento.

Dessa feita, o Direito Penal é o único ramo, quando outros já não são mais eficazes, a intervir nas relações humanas, com o fim de proteger e assegurar o equilíbrio social.

2.4 NORMA PENAL

Sabendo-se que o objeto do Direito Penal é o homem, e sendo a conduta humana, o enfoque analisado por este ramo, faz-se necessário um estudo acerca do seu ordenamento jurídico.

Analisando-se o Código Penal percebe-se que este apresenta uma técnica legislativa diferenciada, composto por normas penais incriminadoras, normas penais não incriminadoras e normas penais em branco, que adiante serão explicadas.

Primeiramente, vale destacar os conceitos de norma e lei, haja vista ser essencial para essa parte do estudo.

Nesse pensar, entende-se que o conceito de norma se extrai da própria sociedade, pois representa a opinião pública acerca da justiça. Assim, normas são regras que proíbem determinadas condutas que não estão presentes no ordenamento jurídico, mas que represen-

¹⁵ FRAGOSO, 2006, p. 4.

tam comportamentos humanos não aceitáveis pela coletividade, podendo-se citar como exemplos: matar, furtar e outros.¹⁷

Diferentemente da norma, a “norma jurídica” é uma transformação daquela, posto que a norma é extraída da sociedade, virando, posteriormente, regras proibitivas, sendo que a norma jurídica, então, é emanada pelo Estado e imposta forçosamente à coletividade. A primeira trata-se do senso comum de justiça¹⁸, e a segunda capta da sociedade as normas e a transforma em regras, possuindo caráter jurídico.¹⁹

No mesmo sentido, Coelho ensina que “as normas jurídicas consistem em diretrizes e regras de conduta e procedimento impostas coativamente pelo estado, que possuem caráter genérico e abstrato.”²⁰

Diante disso, conclui-se que as normas jurídicas são aquelas emanadas pelo Estado, com o intuito de impor à sociedade regras a serem observadas.

Nesse norte, Fragoso complementa o que vem a ser norma penal, afirmando que “as normas jurídicas que definem crimes e estabelecem sanções, bem como as condições de aplicação da sanção penal, chamam-se *normas penais*”.²¹

Da mesma forma Coelho ensina que

as normas penais (como corolário lógico do próprio conceito de Direito Penal) são *normas jurídicas que definem os crimes e suas respectivas sanções, bem como estabelecem as condições positivas e negativas) de aplicação dessas sanções.*²²
(Grifo do autor).

Observe-se que a norma penal, nada mais é do que uma aspiração dos membros de uma sociedade, onde o Estado emana essa vontade, transformando-a em ordenamento

¹⁷ Segundo Capez, norma é o mandamento de um comportamento normal, retirado do senso comum de justiça de cada coletividade. Exemplo: pertence ao senso comum que não se deve matar, roubar, furtar ou estuprar, logo, a ordem normal de conduta é não matar, não furtar, e assim por diante. A norma, portanto, é uma regra proibitiva não escrita, que se extrai do espírito dos membros da sociedade, isto é, do senso de justiça do povo. Cf. CAPEZ, 2006, p. 31.

¹⁸ Ibid., p. 31.

¹⁹ Nesse sentido Fragoso entende que o direito é um conjunto de regras de conduta impostas coativamente pelo estado. Tais regras chamam-se *normas jurídicas*. As normas jurídicas caracterizam-se por emanarem do Estado; pelo seu caráter de *generalidade e abstração* (no sentido de constituírem uma regulamentação jurídica de relações ou fatos, sem referência a casos concretos); pela sua *bilateralidade*, já que estabelecem sempre direitos e correspondentes deveres jurídicos; pela sua *coercibilidade e imperatividade*. São normas asseguradas coativamente pelo poder público, constituindo um conjunto de imperativos dirigidos aos súditos. Caracterizam-se ainda as normas jurídicas por sua *irrefragabilidade*, o que significa que somente através de outra norma jurídica poderão deixar de ser aplicadas. Cf. FRAGOSO, 2006, p. 90.

²⁰ COELHO, Edihermes Marques. As fontes do Direito Penal numa perspectiva axiológica. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 676, 12 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6719>>. Acesso em: 14 set. 2007.

²¹ FRAGOSO, op. cit., p. 90.

²² COELHO, loc. cit.

jurídico. Desse modo, presente no Código Penal, a norma penal assume grande relevância social, pois através dos comandos vai definir crimes e aplicar sanções.

A norma penal por apresentar os crimes e suas respectivas sanções, é direcionada à coletividade, com o fim de que todos obedeçam ao que está contido em seus preceitos. Além disso, também deve ser observada pelo Estado, uma vez que este deve analisar os seus limites de atuação.²³

Nesse norte, importante ressaltar que diferentemente da norma penal, Capez define o que vem a ser lei, veja-se:

Lei é a regra escrita feita pelo legislador com a finalidade de tornar expresso o comportamento considerado indesejável e perigoso pela coletividade. É o veículo por meio do qual a norma aparece e torna cogente sua observância. Na sua elaboração devem ser tomados algumas cautelas, a fim de evitarem abusos contra a liberdade individual. Assim, devem ser observados os princípios maiores da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Dentre esses encontram-se o da reserva legal, segundo o qual não há crime sem lei que o descreva, e o da anterioridade, que exige seja essa lei anterior ao fato delituoso.²⁴

Se a norma penal é que vai definir crimes e aplicar sanções, em contrapartida, tem-se a lei como sendo regras criadas pelo legislador, onde a norma é evidenciada, como também observada. A lei então é o meio pelo qual a norma penal existe, estando presente, ainda que implicitamente, em seus comandos.

Sobre o assunto, importante neste momento destacar o estudo de Karl Binding, haja vista ter formulado a famosa teoria das normas penais, senão vejamos o que Bittencourt traz:

Foi em razão dessa peculiar técnica do Direito Penal que Binding sustentou que quem pratica uma infração penal não viola a lei, mas infringe tão-somente a norma que dela emerge. Assim, quem mata alguém não viola o art. 121 do Código Penal, ao contrário, sua conduta amolda-se à prescrição legal; viola em verdade, a norma subjacente à lei, isto é, o princípio penal que proíbe matar alguém. O crime, por isso, não é uma violação da *lei penal*, mas da norma que o dispositivo legal contém. Dessa forma, Binding distingue *norma* e lei penal, sustentando que aquela cria o ilícito, e esta, o crime. Na *norma* estaria o preceito (proibitivo ou positivo em forma de ordem), e na lei encontrar-se-ia a descrição da conduta; exatamente esta é que atribuiria ao estado o poder punitivo.²⁵

²³ Por outro aspecto, são destinatários das normas penais: *os cidadãos*, no sentido de obediência (sentido “negativo, de prevenção e repressão de crimes) e referência frente ao Estado (sentido “positivo”, de garantia contra a eventualidade de arbitrariedade estatal); *os órgãos estatais*, para a prevenção delitual, para a aplicação punitiva das normas (jurisdicional e executiva) e para a definição dos limites de sua atuação repressiva e punitiva. Cf. COELHO, loc. cit.

²⁴ CAPEZ, 2006, p. 31.

²⁵ BITTENCOURT, 2007, p. 138.

Vê-se que Karl Binding fez uma diferenciação entre norma e lei, afirmando que ambas possuem significados diferentes. Asseverou, ainda, que a lei é o que está presente no dispositivo legal, é a descrição da conduta. E, por conseguinte, norma é o que está contido na lei. Assim, Binding, concluiu que quem pratica um crime não infringe a lei, e sim a norma penal que possui caráter proibitivo ou positivo em forma de ordem.

Contudo o mesmo autor acrescenta:

Determinada conduta que encontre correspondência na descrição legal nem sempre representa uma infração da norma, a despeito de sua adequação jurídica. Com efeito, uma ação em estado de necessidade, embora aparentemente típica, não é contrária à norma, uma vez que esta permite o agir humano diante de determinadas circunstâncias excepcionais.²⁶

Assim, a norma penal não deve ser entendida como sempre norma proibitiva, como afirmava Binding, uma vez que nem sempre as condutas humanas representam infração da norma. Há certas condutas que são admitidas pelo nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, o estado de necessidade acima mencionado. Por isso, a norma penal, segundo a doutrina, é dividida em norma penal incriminadora e norma penal não incriminadora.

2.5 NORMA PENAL INCRIMINADORA

Viu-se que norma, norma jurídica e norma penal estão interligadas, uma vez que representam à opinião pública acerca de justiça, onde tais informações são absorvidas pelo Estado, virando, por conseguinte, em comandos legais, os quais definem crimes e as sanções correspondentes.

Também foi visto a teoria da norma penal proposto por Karl Binding, onde este alegou que a norma tem sempre o caráter de proibição, como exemplos já anteriormente citados, quais sejam, não matar, não roubar e não furtar.

Todavia, a respectiva teoria não prevaleceu, uma vez que o ordenamento jurídico penal não possui somente normas proibitivas, assim conhecidas como normas incriminadoras, tendo em vista outras que serão estudadas à frente.

²⁶ BITENCOURT, 2007, p. 138.

Assim, primeiramente, inicia-se pelo estudo das normas incriminadoras, que passando a conceituá-las, “as normas que definem crimes e estabelecem sanções chamam-se normas incriminadoras, e estão contidas na Parte Especial do CP e em leis penais extravagantes (não codificadas)”.²⁷

No mesmo sentido, Mirabete assevera que “ lei penal incriminadora é a que define os tipos penais e comina as respectivas sanções . No Código Penal vigente, figuram a partir do art. 121”.²⁸

Assim também define Capez, aduzindo que as “leis incriminadoras são as que descrevem crimes e cominam penas”.²⁹

Nesse pensar, a norma penal incriminadora apresenta-se em forma de comandos no código, especificando os delitos e, por conseguinte, as sanções, sendo que se pode encontrá-las a partir do artigo 121, bem como em leis penais extravagantes.

Fragoso acrescenta:

Interessa-nos mais de perto a norma incriminadora, em cuja estrutura vamos encontrar o *preceito* (*praeceptum legis*) e a sanção (*sanctio legis*), ambos momentos indispensáveis à existência da norma. O preceito (que também se chama *preceito primário*), é a parte dispositiva da norma, que expressa o imperativo. Nas normas incriminadoras é ele estabelecido, geralmente, de modo implícito. Os códigos modernos não contêm mais os mandamentos diretos “não furtar”, “não matar”, mas a proibição indireta, descrevendo o fato como pressuposto de sanção (também chamado *preceito secundário*).³⁰

A norma penal incriminadora é aquela que vai definir os crimes, bem como estabelecer sanções. Como visto, a norma penal possui o mesmo significado da norma penal incriminadora.

Assim, uma vez estando presente no Código Penal, verifica-se que a norma penal incriminadora apresenta-se em dois momentos, num estando como preceito primário, tratando-se da parte dispositiva da norma, noutro como preceito secundário, tratando-se da sanção, conhecida como proibitiva indireta.

A corroborar, traz-se ao estudo a definição de Mirabete, *sic*:

Como sobrepuja as demais normas jurídicas, devido ao valor dos bens que tutela, e ainda pela severidade das sanções que impõe, a lei penal deve ser precisa e clara. Compõe-se de duas partes: o *comando principal* (ou preceito primário) e a *sanção*

²⁷ FRAGOSO, 2006, p. 90.

²⁸ MIRABETE, 2004, p. 49.

²⁹ CAPEZ, 2006, p. 32.

³⁰ FRAGOSO, op. cit., p. 90.

(ou preceito secundário). Tomando-se o art. 121, *caput*, por exemplo, temos: “Matar alguém” (preceito primário) – “Pena, reclusão, de seis a vinte anos” (preceito secundário). Da conjugação dessas duas partes surge a proibição (*norma*): “proibido matar”. Nesses dispositivos, de lei penal em sentido estrito (incriminadora), são descritas as condutas consideradas criminosas e, portanto, sujeitas a sanções penais. O indivíduo só pode ser punido se praticar um dos fatos descritos como crime, diante do consagrado princípio da legalidade do art. 1º do CP.³¹

Note-se que a lei penal devido ao seu grande papel social, deve ter precisão e clareza em seus comandos, tanto em seu preceito primário, quanto no seu preceito secundário. Sabe-se que a junção dos dois preceitos, primário e secundário, forma a norma penal, haja vista a proibição contida nestes.

Nesse sentido, a aplicação do comando, ou seja, a punição, só poderá ser efetivada, quando o indivíduo infringir algum fato descrito como crime, com base no princípio da legalidade³², previsto no artigo 1º do Código Penal.³³

É o entendimento de Bitencourt:

Por meio das ditas *normas incriminadoras*, o Direito Penal descreve aquelas condutas que considera ilícitas, atribuindo-lhes as sanções respectivas. O legislador, modernamente, não diz de forma expressa que *é proibido matar*, *é proibido furtar*, ou enfim, *é proibido lesar determinado bem jurídico*; ao contrário, prescreve que a morte de alguém é punida com determinada sanção, que a subtração de coisa alheia recebe certa punição etc. Em outros termos, não há um imperativo expresso nas normas incriminadoras, mas ressalta tal proibição, que se encontra *latente* no bojo dos dispositivos legais.³⁴

Percebe-se que a norma penal incriminadora por apresentar o preceito primário e o preceito secundário, especifica quais condutas são consideradas delituosas, sendo que na forma como se apresenta, não diz diretamente o que não deve ser feito, como por exemplo “não matar”, haja vista esta idéia de proibição estar contida no comando.

³¹ MIRABETE, 2004, p. 48.

³² O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui uma *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal. [...] O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência do fato exista uma lei definindo-o como crime e cominado-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Cf. BITENCOURT, 2007, p. 10-11.

³³ Artigo 1º do Código Penal, *in verbis*: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

³⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 137.

Nesse sentido Coelho acrescenta:

Como regra geral, verifica-se que as normas penais incriminadoras conterão comandos implícitos proibitivos, e só excepcionalmente comandos obrigacionais (de dever). Tais comandos implícitos são decorrentes do tipo de definição do crime contido no preceito. Se o preceito, ao definir o crime, descrever uma ação para a qual é prevista a sanção, implicitamente haverá uma proibição. Se, no entanto, o preceito incriminador descrever uma omissão, um não fazer, tratar-se-á implicitamente de uma obrigação de conduta (de um dever de agir).³⁵

Vê-se que a norma penal incriminadora, além de apresentar uma idéia de proibição contida no comando, também poderá apresentar, excepcionalmente, comandos obrigacionais, assim entendidos como um deve de agir, como por exemplo, o crime de omissão de socorro.³⁶

Então, pode-se concluir que sempre que houver uma ação descrita no comando, haverá uma proibição ali contida, e em contrapartida, quando houver uma omissão descrita no comando, haverá implicitamente uma obrigação de conduta.

2.6 NORMA PENAL NÃO INCRIMINADORA

Se a norma penal incriminadora é aquela que descreve o delito, bem como a sanção deste, e ainda, implicitamente tem-se uma proibição ou excepcionalmente uma obrigação, a norma penal não incriminadora, inversamente, é aquela que não descreve o delito como também não lhe comina pena.

Dessa forma, conceitua Capez que “as leis não incriminadoras não descrevem crimes, nem cominam penas”.³⁷

Para Bitencourt

“quando estabelece *normas não incriminadoras*, isto é, quando não tipifica condutas puníveis, o Direito Penal não utiliza a mesma técnica, mas formula *proposições*

³⁵ COELHO, loc. cit.

³⁶ O crime de omissão de socorro está previsto no artigo 135 *caput* do Código Penal, *in verbis*: Deixar de prestar assistência, quando possível faze-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública. Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: DELMANTO, 2002, p. 267.

³⁷ CAPEZ, 2006, p. 32.

jurídicas das quais se extrai o conteúdo imperativo da respectiva norma. Essa técnica encontra-se na Parte Geral do Código Penal”.³⁸

Diferentemente da norma penal incriminadora, a norma penal não incriminadora apresenta-se sem descrição do crime, sem pena, ou seja, não utiliza a mesma regra (preceito primário e preceito secundário) da primeira.

Coelho ensina:

Importante frisar que as normas não incriminadoras não possuem caráter incriminatório-punitivo autônomo, mesmo quando expliquem conceitos ou de qualquer modo complementem normas incriminadoras. Por um lado, não criam novas incriminações (não prevêm novos crimes), nem ampliam especificamente alguma norma incriminadora (não acrescentam alguma hipótese qualificadora ou majorante à definição de crime). Por outro lado, tais normas não prevêm específicas sanções penais.³⁹

Diante disso, vislumbra-se que a norma penal não incriminadora disposta na parte geral do Código Penal, tratam-se de comandos que irão complementar a norma penal incriminadora presente na parte especial do mesmo código. Por isso, a norma em comento, não vai apresentar novos crimes e sanções, como também hipótese qualificadora ou majorante para definição dos delitos, e sim, ter o caráter de acrescentar, que não estes, outras características aos comandos.

A norma penal não incriminadora, ainda, é subdividida pela doutrina em explicativas (ou complementares) e permissivas.

Por ora, inicia-se pelas normas explicativas, que na definição de Mirabete assim se encontra:

As normas *explicativas* esclarecem o conteúdo de outras ou fornecem princípios gerais para a aplicação das penas. São preceitos explicativos os conceitos de “reincidência” (art 63), de “casa” (art. 150 §4º), de “funcionário público” para os efeitos penais (art. 327), bem como as regras sobre a aplicação da lei penal (art. 1º e ss), as referentes à aplicação da pena (arts. 59 e 60) etc.⁴⁰

As normas explicativas são aquelas que explicam o conteúdo de um assunto, que serão utilizadas quando da aplicação de uma norma penal incriminadora, ou seja, de um determinado comando proibitivo ou obrigação de determinadas condutas.

³⁸ BITENCOURT, 2007, p. 137.

³⁹ COELHO, loc. cit.

⁴⁰ MIRABETE, 2004, p. 49.

Coelho ainda dá três denominações, quais sejam, complementares, explicativas e interpretativas, que juntas possuem o mesmo significado, assim o escritor afirma que “são normas de caráter múltiplo, pois ao menos duas das três características sempre estarão juntas. Elas complementam, esclarecem o conteúdo ou delimitam o âmbito de aplicação de outras normas, explicam conceitos gerais ou explicam expressões utilizadas em outras normas.”⁴¹

Bittencourt se refere em sua obra em normas finais, “que disciplinam as condições de determinado fim relativo à aplicação da norma imperativa.”⁴²

Capez também se refere as leis não incriminadoras finais, complementares ou explicativas ensinando que

esclarecem o conteúdo de outras normas e delimitam o âmbito de sua aplicação. Exemplo: arts. 1º, 2º e todos os demais da Parte Geral, à exceção dos que tratam das causas de exclusão de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal).⁴³

Enfim, verifica-se que a norma penal não incriminadora explicativa é aquela que cumpre uma função muito importante dentro do ordenamento jurídico, uma vez que se tratam da base de interpretação dos comandos, pois explicam, esclarecem, complementam, delimitam as normas incriminadoras.

Após, visto o âmbito de aplicação da norma penal não incriminadora explicativa, passa-se ao estudo da norma penal não incriminadora permissiva.

Diferentemente, as normas penais não incriminadoras permissivas não procuram explicar, complementar, dentre outras características, as normas penais, mas sim isentar a pena.

Para Mirabete:

As leis permissivas são as que não consideram como ilícitos ou isentam de pena o autor dos fatos que, em tese, são típicos. São as hipóteses, por exemplo, dos arts. 23, 24 e 25 (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito); do art. 142 (imunidades nos crimes contra a honra); do art. 348, §2º (imunidades no crime de favorecimento pessoal); dos arts. 20 e 21 (erro sobre o elemento do tipo e sobre a ilicitude do fato); do art. 26 (inimputabilidade) etc.

⁴¹ COELHO, loc. cit.

⁴² BITENCOURT, 2007, p. 139.

⁴³ CAPEZ, 2006, p. 32.

Assim, as normas penais não incriminadoras permissivas se encontram nos artigos supracitados, os quais evidenciam condutas humanas que não se enquadram em dispositivos tido como ilícitos. São condutas que quando praticadas são isentas de pena.

Cahez afirma que as “leis não incriminadoras permissivas tornam lícitas determinadas condutas tipificadas em leis incriminadoras”.⁴⁴

No mesmo sentido Bittencourt, eis que ensina que as *normas permissivas* tornam lícito o que, normalmente, é ilícito”.⁴⁵

Dessa feita, constata-se que as normas permissivas tornam lícitas determinadas condutas que são normas incriminadoras, haja vista a intenção da conduta humana.

Nesse sentido, Gomes enfatiza quando a norma incriminadora passa a ser uma norma não incriminadora permissiva, veja-se:

As normas permissivas autorizam a realização de uma conduta lesiva a bens jurídicos alheios sem que haja qualquer risco ou perigo para bens jurídicos do agente (ou de terceiros). Exemplos: médico que faz cirurgia bem sucedida, lesão esportiva, colocação de ofendículos, imunidade parlamentar material, impunidade do vereador, aborto decorrente de estupro, críticas feitas por advogado na discussão da causa, notícia infamante mas verdadeira dada por jornalista etc.⁴⁶

Nesse pensar, vê-se que para a aplicação da norma permissiva a um caso concreto, deve-se atentar que mesmo sendo a conduta típica e ilícita, dependendo da situação, poderá ser considerado lícita, descartando a aplicação das normas penais incriminadoras.

Do exposto, conclui-se que a norma penal não incriminadora não prevê crimes, bem como não comina sanções, sendo subdividida em norma explicativa e norma permissiva. Ambas as normas possuem características diferentes, uma vez que a norma explicativa será aplicada, quando faltar algum termo essencial na norma penal incriminadora, por isso, aquela explica, complementa, delimita, dentre outras características, o âmbito de aplicação desta. Já, a norma penal permissiva, não visa acrescentar algo à norma penal incriminadora, mas, sobretudo, tornar uma conduta típica e ilícita em lícita, sempre em observância à conduta humana praticada.

2.7 NORMA PENAL EM BRANCO

⁴⁴ CAPEZ, 2006, p. 32.

⁴⁵ BITENCOURT, 2007, p. 139.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. Normas justificantes e normas permissivas . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1324, 15 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9495>>. Acesso em: 14 set. 2007.

As normas penais incriminadoras possuem preceitos e sanções, como visto, preceito primário e preceito secundário, sendo aplicadas sem que haja complementos, pois são de conteúdo completo.

Ocorre que no Direito Penal não há somente normas penais incriminadoras, cujos comandos são completos, além deste, há as normas penais não incriminadoras que não possuem preceitos nem sanções, como há também as normas penais em branco, que por ora, será estudada.

A norma penal em branco apresenta-se no Código Penal de forma incompleta, pois apesar de possuir uma sanção determinada, seu preceito é vago, o que necessita de complemento para que atinja o seu fim.

Enfatiza-se que “a expressão “lei ou norma penal em branco” deve-se a *Binding* [...]. Foi ele o primeiro a assinalar a existência de leis penais nas quais o preceito é incompleto, e que são “como corpos errantes à procura de alma”.⁴⁷

Modesto, em seu artigo, também salienta que

para corrigir estas distorções, criou-se o que se denomina de norma penal em branco, alcunha dada pela primeira vez por Karl Binding [...], ao identificar normas que possuíam sanções previstas mas cuja incriminação dependiam da existência de outra norma.⁴⁸

Vê-se que Karl Binding foi o precursor do estudo das normas penais, sendo que definiu estas, bem como as normas penais em branco, assinalando quanto às últimas, que seus preceitos são incompletos.

Partindo-se desse pressuposto, importante conceituar as normas penais em branco, que para Fragoso, são “aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura”.⁴⁹

Capez também define as normas penais em branco como sendo

⁴⁷ FRAGOSO, 2006, p. 92.

⁴⁸ MODESTO, Danilo Von Beckerath. A norma penal em branco e seus limites temporais. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 817, 28 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7345>>. Acesso em: 25 set. 2007.

⁴⁹ FRAGOSO, op. cit., p. 92.

[...] normas nas quais o preceito secundário (cominação da pena) está completo, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Trata-se, portanto, de uma norma cuja descrição da conduta está incompleta, necessitando de complementação por outra disposição legal ou regulamentar.⁵⁰

Mirabete ensina que “*as normas penais em branco* são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto”.⁵¹

Ainda, Modesto ressalta que

de fato, nada mais é que um tipo penal incompleto, carente de aplicação por si só, que busca sua completude em outra norma. Nesta modalidade de normas, apenas se depreende o sentido exato da descrição da conduta ali contida quando conhecemos a norma complementar.⁵²

Para Jesus, as “leis penais incompletas, também denominadas ‘cegas’, ‘abertas’ ou normas penais em branco, são disposições incriminadoras cuja sanção é certa e precisa, permanecendo indeterminado o seu conteúdo”.⁵³

Assim, entende-se por norma penal em branco, aquela em que apesar de apresentar uma sanção completa em seu comando, seu preceito é vago, incompleto, necessitando de uma outra norma jurídica, já existente ou que deverá ser feita, para complementá-la.

A importância da existência da norma penal se deve ao fato de que se mantêm um preceito básico, para a adaptação desta à realidade, por meio de uma norma complementar, cujo modo elaborativo é simplificado.⁵⁴

Além disso, cumpre esclarecer que não se pode confundir norma penal em branco com os tipos abertos, haja vista possuírem significados diferentes.

Jesus assevera que

o tipo aberto⁵⁵ não apresenta a descrição típica completa e exige uma atividade valorativa do Juiz. Nele, o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto.⁵⁶

⁵⁰ CAPEZ, 2006, p. 33.

⁵¹ MIRABETE, 2004, p. 49-50.

⁵² MODESTO, loc. cit.

⁵³ JESUS, Damásio E. de. Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286>>. Acesso em: 25 set. 2007.

⁵⁴ MODESTO, loc. cit.

⁵⁵ São hipóteses de crimes de tipo aberto: a) delitos culposos: neles, é preciso estabelecer qual o cuidado objetivo necessário descumprido pelo autor; b) crimes omissivos impróprios: dependem do descumprimento do dever jurídico de agir, como se observa no artigo 13, §2º do Código Penal, *in verbis*: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a

Para Machado citado por Mirabete, nos tipos abertos,

a complementação é realizada pela jurisprudência e pela doutrina, por não conterem a determinação dos elementos do dever jurídico cuja violação significa realização do tipo, tal como ocorre nos crimes culposos e nos crimes omissivos próprios.⁵⁷

Modesto aduz ainda que

vale ressaltar, também a diferença entre norma penal em branco e as leis penais incompletas ou imperfeitas⁵⁸, que são aquelas que possuem, apenas, o preceito incriminador (conduta proibida), remetendo o intérprete a outra norma para se conhecer a *sanctio júris*.⁵⁹

Diante disso, constata-se que a norma penal em branco difere-se tanto do tipo aberto como das leis penais incompletas ou imperfeitas, pois as primeiras para a aplicação ao caso concreto dependem da interpretação do juiz, e as segundas apesar de possuírem o preceito primário, o preceito secundário é inexistente, o que remete o intérprete a uma outra norma para ver a sanção correspondente.

Feitas essas considerações, passa-se à classificação das normas penais em branco, que segundo a doutrina, se subdividem em normas penais em branco em sentido lato (impróprias ou homogêneas) e em sentido estrito (próprias ou heterogêneas).

Pode-se dizer que as normas penais em sentido lato (impróprias ou homogêneas) são aquelas completadas por uma outra norma da mesma instância legislativa.

Vê-se que como compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, cabe a este ente complementar a norma penal em branco em sentido lato, eis que deve ser da mesma esfera legislativa, tratando-se, portanto, de uma lei federal.⁶⁰

Para Jesus,

qual o resultado não teria ocorrido. §2º: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado [...]. Cf. DELMANTO, 2002, p. 18. São também: c) delitos cuja descrição apresenta elementos normativos (“sem justa causa”, “indevidamente”, “astuciosamente”, “decoro”, “dignidade”, “documento”, “funcionário público” etc.): a tipicidade do fato depende da adequação legal ou social do comportamento, a ser investigada fora da definição da figura penal. Cf. JESUS, loc. cit.

⁵⁶ JESUS, loc. cit.

⁵⁷ MACHADO, Miguel Pedrosa apud MIRABETE, 2004, p. 50.

⁵⁸ Exemplo de norma penal imperfeita seria a contida na Lei n. 2.889/56. Cf. PRADO, Luiz Regis apud MODESTO, loc. cit.

⁵⁹ MODESTO, loc. cit.

⁶⁰ Nesse sentido, Modesto ensina que são aquelas cuja norma complementadora advém da mesma instância legislativa do tipo penal. Ou seja, como a definição dos crimes é de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal) e vige em nosso sistema o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF), forçoso admitirmos que a norma penal em branco em sentido lato é aquela cuja norma complementadora é uma Lei Federal. Cf. MODESTO, loc. cit.

normas penais em branco em sentido lato são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal. O órgão encarregado de elaborar o complemento é o mesmo órgão editor da lei incriminadora em branco (homogeneidade de fontes).⁶¹

Capez explica que se trata de normas penais em branco em sentido lato ou homogêneas “quando o complemento provém da mesma fonte formal, ou seja, a lei é completada por outra lei”.⁶²

Pimentel citado por Mirabete assevera ainda que com relação as normas penais em sentido lato, “o legislador não tem necessidade de pedir ou de autoconceder-se autorização para legislar, podendo complementar a qualquer tempo a lei penal”.⁶³

Por fim, Fragoso afirma que “o complemento que integra a norma penal em branco pode provir da mesma lei [...]”.⁶⁴

Como exemplo de norma penal em branco em sentido lato, tem-se o artigo 237 do Código Penal, *in verbis*, “contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena – detenção, de três meses a um ano”.⁶⁵

Está claro que a norma penal em sentido lato é aquela cuja incumbência, diante de um comando incompleto, irá dar sentido ao mesmo, através de uma lei federal, visto que tem que ser da mesma esfera legislativa, por conseguinte, sendo a União competente para tanto, terá competência privativa para complementar a qualquer tempo. Nesse norte, o artigo acima mencionado bem descreve a respectiva complementação de um comando, pois o artigo 237 do Código Penal faz sentido, quando da leitura do artigo 1521 do Código Civil⁶⁶, posto que aquele impõe sanção para os casos de contrair matrimônio, encontrando-se o agente em caso de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta, sendo que esta vem evidenciar o que seriam as causas de nulidade absoluta.⁶⁷

⁶¹ JESUS, loc. cit.

⁶² CAPEZ, 2006, p. 33.

⁶³ PIMENTEL, Manoel Pedro apud MIRABETE, 2004, p. 50.

⁶⁴ FRAGOSO, 2006, p. 93.

⁶⁵ DELMANTO, 2002, p. 450.

⁶⁶ Artigo 1521 do Código Civil, *in verbis*: Não podem casar: I- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II- os afins em linha reta; III- o adotante com que foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V- o adotado com o filho do adotante; VI- as pessoas casadas; VII- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio contra o seu consorte. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 737.

⁶⁷ Diante do artigo supracitado, Modesto explica: [...] a subsunção deste tipo penal a uma conduta criminosa exige a precisa compreensão do que é considerado causa de nulidade absoluta do matrimônio, circunstância que somente pode ser respondida se visitarmos o art. 1521, da Lei 10.406 (novel Código Civil) que descreve os impedimentos matrimoniais. Cf. MODESTO apud FRAGOSO, op. cit., p. 93.

Diferentemente da norma penal em sentido lato, tem-se a norma penal em sentido estrito (heterogêneas ou próprias), sendo que, quanto às últimas, tratam-se de normas complementadoras advindas de esferas diferentes, podendo ser do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Sobre o assunto, informa Modesto que as normas penais em branco em sentido estrito são “aquelas em que a norma complementadora é oriunda de uma outra fonte legiferante, seja o Poder Executivo (regulamentos, instruções, etc.), ou os Poderes Legislativo Estaduais, Municipais, etc”.⁶⁸

No mesmo sentido, Jesus explica que “são normas penais em branco em sentido estrito aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa ou administrativa (fontes legislativas heterogêneas)”.⁶⁹

Mirabete explica que “norma penal em branco *em sentido estrito* é apenas aquela cujo complemento está contido em outra regra jurídica procedente de uma instância legislativa diversa, seja de categoria superior seja inferior àquela”.⁷⁰

Para Capez, “o complemento provém de fonte formal diversa; a lei é complementada por ato normativo infralegal, como uma portaria ou um decreto”.⁷¹

Fragoso ensina que “o complemento que integra a norma penal em branco pode provir [...] de outro ato legislativo, bem como de ato administrativo (decreto, portaria)”.⁷²

Como exemplo de norma penal em branco em sentido estrito pode-se citar a Lei n. 8.137, de 27.12.1990, “impondo sanção criminal a quem vende ou oferece à venda mercadoria por preço superior ao oficialmente tabelado, subordina a tipicidade do fato à subsequente expedição de portarias ou editais administrativos com as tabelas de preços⁷³ (art. 6º, I)”.⁷⁴

Desta forma, a norma penal em branco em sentido estrito complementa os comandos legais incompletos, eis que precisam de outras normas de caráter explicativo que não sejam feitas pelo mesmo poder, haja vista poderem também ser feitas por outros, como, por exemplo, o Poder Executivo, quando este expede portarias, decretos. Assim o exemplo supracitado evidencia essa aplicabilidade, sendo que o artigo 6º, inciso I da Lei n. 8.137/90,

⁶⁸ MODESTO, loc. cit.

⁶⁹ JESUS, loc. cit.

⁷⁰ MIRABETE, 2004, p. 50.

⁷¹ CAPEZ, 2006, p. 33.

⁷² FRAGOSO, 2006, p. 93.

⁷³ O artigo 6º, inciso I da Lei 8.137 prevê que constitui crime da mesma natureza, I – vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle. Cf. DELMANTO, 2002, p. 831.

⁷⁴ JESUS, loc. cit.

faz menção à subsequente expedição de portarias ou editais administrativos para as tabelas de preços, para quem vende ou oferece mercadorias por um preço superior.

3 TEORIA DO CRIME E FINALIDADE DA PENA

Neste capítulo será abordado a teoria do crime que compreende o crime e a contravenção penal, a tipicidade, a tipicidade objetiva, a conduta, o resultado e o nexu causal, bem como a finalidade da pena, sendo destacados, os aspectos da pena privativa de liberdade, os aspectos da pena restritiva de direitos, a multa e a finalidade atual da pena, finalizando as considerações gerais do Direito Penal.

3.1 CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL

Inicialmente, cabe salientar, que tanto crime como contravenção penal, são infrações penais, embora apresentando aspectos diferentes, como, após, será visto. Isso, porque, no direito brasileiro adota-se uma classificação bipartida.

Nesse sentido, Queiroz:

As infrações penais podem consistir em crimes e/ou delitos e contravenções, conforme se adote uma classificação tripartida ou bipartida. Esta última – a mais corrente – é a acolhida pelo direito brasileiro, de modo que infração penal, entre nós, ou é um crime, ou é uma contravenção (Dec.-lei n. 3.688/41), sendo a expressão “delito” empregada como sinônimo de “crime”, diferentemente de países que utilizam uma divisão tripartida, distinguindo crime, delito e contravenção, segundo a magnitude da lesão.¹

Vê-se que no direito brasileiro, a infração penal é utilizada, segunda a classificação da lei, para abranger o crime e a contravenção penal. Diante disso, não se faz diferenciação quanto a crime e delito, sendo ambos tratados como sinônimos, e juntamente com a contravenção, possuem uma classificação bipartida e não tripartida².

¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

² Alguns países, como Alemanha, França e Rússia, utilizam uma divisão tripartida na classificação das infrações penais, dividindo-as em crimes, delitos e contravenções, conforme ensina BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 264.

Pimentel citado por Mirabete ensina que “no sistema *dicotômico*, ou de divisão *bipartida*, a classificação é de *crimes* ou *delitos* (como sinônimos) e *contravenções*, adotado na Itália, Peru, Suíça, Dinamarca, Noruega, Finlândia, Holanda e pela nossa legislação.”³

Bitencourt afirma que

a divisão mais utilizada, porém, pelas legislações penais, inclusive pela nossa, é a bipartida ou dicotômica, segundo a qual as condutas puníveis dividem-se em *crimes* ou *delitos* (como sinônimos) e *contravenções*, que seriam espécies do gênero infração penal.⁴

Para Falconi o “sistema normativo penal adotou sempre a teoria bipartite: crime ou delito e contravenção penal, diferenciando-se de outros centros, que ainda adotam a tripartição: crime, delito e contravenção penal”.⁵

Dessa feita, trata-se a infração penal de crime e infração penal (teoria bipartite). Partindo-se desse pressuposto, é importante diferenciar o que vem a ser crime e contravenção penal.

Dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal Brasileiro (Dec. – lei n. 3.914/41), *in verbis*:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.⁶

Diante do artigo supracitado, entende-se que entre crime e contravenção penal reside a distinção na espécie da sanção cominada à infração penal, visto que o primeiro é cominada pena de reclusão ou de detenção e de multa e, no segundo, é cominada pena de prisão simples e/ou multa ou apenas esta.

Para Queiroz:

[...] a diferenciação entre crimes e contravenções é puramente de grau, quantitativa: os primeiros são infrações mais graves, por isso que punidos com reclusão ou

³ PIMENTEL, Manoel Pedro apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, v.1, p. 128.

⁴ BITENCOURT, 2007, p. 264

⁵ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Ícone, 2002, p. 166.

⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.) **Código penal; código de processo penal; legislação penal e processual penal; constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 257.

detenção (e multa, cumulativamente); as segundas são infrações de menor potencial ofensivo, sancionadas com prisão simples ou multa.⁷

Também é o entendimento de Mirabete

Não há, na realidade, diferença de natureza entre as infrações penais, pois a distinção reside apenas na espécie da sanção cominada à infração penal (mais ou menos severa). Mesmo no relativo às contravenções inexistente diferença intrínseca, substancial, qualitativa, que as separa dos crimes ou delitos, sendo essa infração conhecida como *crime-anão*.⁸

O autor acima mencionado trata a contravenção como “crime-anão”, haja vista alegar que o crime e a contravenção penal possuem diferença apenas no aspecto da sanção cominada, posto que a última é menos severa.

Percebe-se que a contravenção tem como característica apresentar condutas de menor gravidade em comparação com os crimes, por isso, suas sanções são mais brandas. Em contraposição, o crime apresenta condutas com maior gravidade, bem como suas sanções são mais rigorosas.

Ante o exposto, conclui-se que tanto a contravenção penal como o crime são infrações penais, conforme artigo 1º da Lei de introdução ao Código Penal Brasileiro. Enquadram-se na classificação bipartida por apresentarem como infrações penais, a contravenção e, como sinônimos, crime e delito e, ainda, apresentam como característica diferenciadora, a natureza da sanção cominada.

3.1.1 Tipicidade

Sabe-se que infração penal tanto pode ser crime como também pode ser contravenção penal. Assim, cumpre esclarecer o que seria a “tipicidade”, haja vista as infrações penais estarem descritas no ordenamento jurídico penal.

Por isso, Queiroz explica:

É que, em razão do princípio da estrita legalidade, somente pode constituir infração penal (crime ou contravenção) o que a lei descreve como tal. A essa descrição (taxativa) dos elementos do crime (ou contravenção) dá-se o nome de *tipo*. Típica é, em consequência, toda conduta humana que corresponda ao modelo legal (tipo

⁷ QUEIROZ, 2006, p. 144.

⁸ MIRABETE, 2004, p. 128.

penal). Tipicidade significa, assim, a coincidência entre dado comportamento humano e a norma penal incriminadora (e.g., o homicídio, o furto, o estupro). Não é típico (mas atípico), diversamente, o aborto ou dano culposos, por exemplo, por falta de previsão legal.⁹

Vê-se que somente pode tratar-se de infração penal o que for previsto em lei, conforme o princípio constitucional da legalidade¹⁰. Assim, “tipo” é a infração penal prevista no código. “Típica” é a conduta humana praticada pelo homem prevista no comando. “Tipicidade” é a própria conduta humana, previsto no comando, tratando-se de norma penal incriminadora.

Além disso, quando a conduta humana não houver previsão em lei, ou seja, não esteja presente em algum comando, ocorrerá a atipicidade, como, por exemplo, o dano culposos, uma vez que tal conduta não é prevista como infração penal.

Nesse norte, passa-se a analisar os conceitos supracitados de forma individualizada.

Inicia-se pela definição de tipo, que para Falconi, o

tipo penal (injusto culpável) é aquele que desvaloriza certas condutas humanas a um tal ponto, que acaba levando-as a pertencer ao elenco dos fatos antijurídicos (ilicitude), culpáveis e, como consequência, puníveis.¹¹

Para Capez “o conceito de tipo, portanto, é o de modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade”.

Mirabete ensina que “num sentido amplo, *tipo* é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação *permitida*”. E mais à frente, o mesmo autor conclui que “o tipo [...], é o conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal”.¹²

Assim, o tipo, mais precisamente, o tipo penal é aquele que descreve quais condutas humanas são reprováveis, em forma de comandos na lei penal.

Partindo-se disso, é importante esclarecer o que seria típico, que para Queiroz, “dir-se-á, assim, típica (numa perspectiva em princípio puramente formal) uma conduta sempre que se ajuste à descrição contida numa norma penal incriminadora (v. g., matar, roubar)”.¹³

⁹ QUEIROZ, 2006, p. 144.

¹⁰ O princípio constitucional da legalidade está previsto no item 2.5.

¹¹ FALCONI, 2002, p. 156.

¹² MIRABETE, 2004, p. 116

¹³ QUEIROZ, op. cit., p. 150.

Capez fala em “adequação típica”, que segundo sua definição seria “o enquadramento da conduta ao tipo legal”.¹⁴

Bitencourt afirma que “um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita na lei*”.¹⁵

Falconi salienta que “o fato típico, em si mesmo, é *portador de um juízo de desvalor condicionado, conforme Binding*”.¹⁶

Diante disso, têm-se como típica, a conduta humana praticada prevista na lei penal.

Por fim, conceitua-se tipicidade que para Capez, “a tipicidade (relação entre o tipo e a conduta) resulta do princípio da reserva legal”.¹⁷

No mesmo sentido, Mirabete ensina que a tipicidade “é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”.¹⁸

Além disso, Bitencourt ensina que a “tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”.¹⁹

Assim, entende-se por tipicidade, a conduta humana praticada prevista em lei penal, sendo que este tipo deve sempre estar em observância ao princípio da legalidade.

Ademais, as condutas humanas que não estejam previstas como infrações penais, são consideradas atípicas.

Nesse sentido, Falconi acrescenta que “o tipo penal é, assim, o elemento seletor das condutas humanas. É ele, só ele, que irá dizer qual a conduta humana que constitui ilícito penal. O silêncio da norma jurídica implica em *atipicidade* dessa mesma conduta humana”.²⁰

Conclui-se que o tipo penal é o responsável por selecionar as condutas humanas reprováveis na sociedade, e uma vez presente no código em forma de comandos, se tornará típico, por conseguinte, a tipicidade é a relação do tipo e típico, visto que a conduta humana praticada deve estar prevista em lei penal.

3.1.2 Tipicidade objetiva

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 179.

¹⁵ BITENCOURT, 2007, p. 324.

¹⁶ FALCONI, 2002, p. 155.

¹⁷ CAPEZ, 2006, p. 173.

¹⁸ MIRABETE, 2004, p. 115.

¹⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 324

²⁰ FALCONI, op. cit., p. 155.

Sabendo-se que a tipicidade é a conduta humana praticada prevista em lei penal, passa-se ao estudo da tipicidade objetiva.

Bitencourt afirma que “o tipo objetivo representa a exteriorização da vontade (aspecto externo-objetivo) que concretiza o tipo subjetivo.”²¹. E mais à frente o mesmo autor explica que “o *tipo objetivo* é composto por um núcleo, representado por um verbo (ação ou omissão), e por elementos secundários, tais como objeto da ação, resultado, nexos causal, autor”.²²

Para Capez, os tipos objetivos

referem-se ao aspecto material do fato. Existem concretamente no mundo dos fatos e só precisam ser descritos pela norma. São elementos objetivos: o objeto do crime, o lugar, o tempo, os meios empregados, o núcleo do tipo (verbo) etc.²³

Vê-se que os tipos objetivos tratam da vontade humana, sendo o meio pelo qual irá se concretizar o tipo subjetivo.²⁴ Diante disso, pode-se destacar como elementos dos tipos objetivos, o núcleo do tipo, e, por conseguinte, os elementos secundários, tais como, o objeto do crime, resultado, nexos causal, autor, o lugar, o tempo, os meios empregados, exemplos estes, citados pelos autores supracitados.

Falconi salienta que do ponto de vista objetivo “os crimes são separados em duas vertentes: crimes comissivos ou omissivos”.²⁵

E, Mirabete exemplifica:

Crimes comissivos são os que exigem, segundo o tipo penal objetivo, em princípio, uma atividade positiva do agente, um fazer. Na rixa (art. 137) será o “participar”, no furto (art. 155) o “subtrair”; no rapto (art. 219) o “raptar” etc. Crimes omissivos (ou

²¹ BITENCOURT, 2007, p. 330.

²² Ibid., p. 330.

²³ CAPEZ, 2006, p. 181.

²⁴ No elemento subjetivo, o legislador destaca uma parte do dolo e a insere expressamente no tipo penal. Essa parte é a finalidade especial, a qual pode ou não estar presente na intenção do autor. Quando o tipo incriminador contiver elemento subjetivo, será necessário que o agente, além da vontade de realizar o núcleo da conduta (o verbo), tenha também a finalidade especial descrita explicitamente no modelo legal. No crime previsto no art. 219 do Código Penal (raptar mulher honesta com fim libidinoso), não basta o dolo de realizar o rapto, pois a lei exigiu que, além da vontade de raptar, o sujeito tenha a intenção de praticar atos libidinosos com a vítima. Na extorsão mediante seqüestro (seqüestrar com o fim de obter resgate), além da vontade de seqüestrar, a lei exige que o agente tenha a finalidade de obter uma vantagem como condição do preço ou do resgate (CP, art. 159). Cf. CAPEZ, 2006, p. 182.

²⁵ FALCONI, 2002, p. 167.

omissivos puros)²⁶ são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário o resultado naturalístico. Para a existência do crime basta que o autor se omita quando deve agir. Cometem crimes omissivos puros os que não prestam assistência a pessoa ferida (omissão de socorro, art. 135), o médico que não comunica a ocorrência de moléstia cuja notificação é compulsória (art. 269), o funcionário que deixa de responsabilizar seu subordinado que cometeu infração no exercício do cargo (condescendência criminosa, art. 320) ou abandona cargo público (art. 323) etc.²⁷

Desse modo, sendo o tipo objetivo relacionado com a prática da conduta humana, descrevendo-a, têm-se como exemplos, os crimes comissivos e os crimes omissivos, posto que os primeiros exigem um fazer do agente, ao contrário dos segundos, que exigem um não fazer, não tendo, por conseguinte, um resultado naturalístico.

3.1.3 Conduta

Nesse momento conceitua-se o que seria conduta, posto que a tipicidade objetiva, como anteriormente descrito, está relacionada com a prática da conduta humana, sendo que para Capez:

É a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade. Os seres humanos são entes dotados de razão e vontade. A mente processa uma série de captações sensoriais, transformadas em desejos. O pensamento, entretanto, enquanto permanecer encastelado na consciência, não representa absolutamente nada para o Direito Penal [...]. Somente quando a vontade se liberta do claustro psíquico que a aprisiona é que a conduta se exterioriza no mundo concreto e perceptível, por meio de um comportamento positivo, a ação (“um fazer”), ou de uma inatividade indevida, a omissão (“um não fazer o que era preciso”).²⁸

²⁶ Mirabete também cita [...] *crimes de conduta mista*, em que no tipo penal se inscreve uma fase inicial comissiva, de fazer, de movimento, e uma final de omissão, de não fazer o devido. Exemplo clássico se encontra no art. 169 II, que trata do crime de apropriação de coisa achada. Na primeira fase o agente se apossa da coisa alheia perdida, mas o crime somente ocorre se dentro de 15 dias, o autor não a restitui ao legítimo possuidor ou não a entrega à autoridade competente. Nos crimes *omissivos impróprios* (ou comissivos por omissão, ou comissivos-omissivos), a omissão consiste na transgressão do dever jurídico de impedir o resultado, praticando-se o crime que, abstratamente, é comissivo. A omissão é forma ou meio de se alcançar um resultado (no crime doloso). Nos crimes omissivos impróprios a lei descreve uma conduta de fazer, mas o agente se nega a cumprir o *dever de agir* [...]. Exemplos são o da mãe que deixa de amamentar ou cuidar do filho causando-lhe a morte; do médico ou da enfermeira que não ministra o medicamento necessário ao paciente, que vem a morrer; do administrador que deixa perecer animal ou deteriorar-se a colheita; do mecânico que não lubrifica a máquina que está a seus cuidados etc. Não havendo obrigação jurídica de agir para evitar o resultado, não se pode falar em crime comissivo por omissão. Cf. MIRABETE, 2004, p. 130.

²⁷ MIRABETE, 2004, p. 130.

²⁸ CAPEZ, 2006, p. 106.

Foi visto no item 2.4 que a conduta humana é que seria o grande fator de relevância para a sociedade. Diante disso, vê-se que a conduta passa a ter fundamental importância, porque trata da vontade humana, ou seja, ação ou omissão, um fazer ou não fazer.

Jesus citado por Mirabete explica que a “conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”.²⁹

Vê-se que a conduta humana deve sempre ser consciente, e ainda como acrescenta Capez, deve haver voluntariedade. Além disso, tanto a ação como a omissão, devem ser dirigidas a uma determinada finalidade, ou seja, a conduta tem que ser perceptível.

A corroborar, traz-se ao estudo, a explicação de Mirabete:

A conduta exige a necessidade de uma repercussão externa da vontade do agente. O pensar e o querer humanos não preenchem as características da ação enquanto não se tenha iniciado a manifestação exterior dessa vontade. Não constituem conduta o simples pensamento, a cogitação, o planejamento intelectual da prática de um crime.³⁰

Assim, entende-se que a conduta³¹ é a ação ou omissão, um fazer ou não fazer humano, tendo-se em vista que essas vontades não podem ficar adstritas ao campo do pensamento, elas devem ser exteriorizadas ao mundo real. Além disso, uma vez iniciado a manifestação de vontade, esta deve ser voluntária, consciente, e ainda, deve haver a objetividade de se atingir um fim.

3.1.4 Resultado

Sabendo-se que para que a conduta tenha efeitos, o homem deve manifestá-la exteriormente, para fora de seus pensamentos. Sendo assim, a partir do momento em que há modificação ao mundo exterior tem-se o resultado.

Nesse sentido, Capez ensina que o resultado é a “modificação no mundo exterior provocada pela conduta”.³²

²⁹ JESUS, Damásio E. apud MIRABETE, 2004, p. 104.

³⁰ MIRABETE, 2004, p. 104.

³¹ Capez cita quatro elementos de conduta: vontade, finalidade, exteriorização (inexiste enquanto enclausurada na mente) e consciência. Cf. CAPEZ, 2006, p. 106.

³² CAPEZ, 2006, p. 141.

Bitencourt acrescenta que “a distinção entre *ação*, como simples manifestação de vontade, e *resultado*, como consequência externa derivada da manifestação de vontade, tem grande importância dogmático-penal”.³³

Para Mirabete o “*resultado* deve ser entendido como lesão ou perigo de lesão³⁴ de um interesse protegido pela norma penal”.³⁵

Diante disso, conclui-se que o resultado é a consequência externa advinda da manifestação de vontade, assim tratando-se da lesão ou perigo de lesão no mundo exterior, sendo estes presentes e protegidos pelo ordenamento jurídico penal.

3.1.5 Nexo causal

Ocorre o nexa causal, quando há relação de causalidade entre a conduta e o resultado.

Para Bitencourt, a “relação de *causalidade* nada mais é do que a *imputação física* do crime ao autor da ação produtora do resultado”.³⁶

Vê-se que ocorre o nexa causal, quando da ação humana que produz algum resultado no mundo exterior, tratando-se tal conduta de crime.

Capez ensina que “é o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este”.³⁷

Tendo como consequência o nexa causal, é possível dizer se a conduta deu ou não causa ao resultado.

Fragoso afirma que “para que se possa reconhecer se a condição é causa do resul-

³³ BITENCOURT, 2007, p. 330.

³⁴ Mirabete, assim entende, pois acrescenta que a lei prevê, porém, crimes em que não existe tal modificação no mundo exterior (na injúria oral, no ato obsceno, na violação de domicílio etc.). Entretanto, ao mesmo tempo, afirma-se no art. 13 que a existência do crime depende do resultado. Dessa forma, deve-se buscar um conceito *jurídico* ou *normativo* de resultado, evitando-se a incompatibilidade absoluta entre os dispositivos que descrevem comportamentos que não provocam a modificação no mundo exterior e o disposto no art. 13. Cf. MIRABETE, 2004, p. 110.

³⁵ Ibid., p. 110.

³⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 332.

³⁷ CAPEZ, 2006, p. 142.

tado, utiliza-se o *processo hipotético de eliminação*, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido *in mente* sem afetar o resultado”.³⁸

E sobre o processo hipotético de eliminação, Mirabete cita como exemplo:

se a vítima se fere na fuga quando procura fugir à agressão, há relação de causalidade, pois se, hipoteticamente, se suprimisse a agressão, a vítima não fugiria e, portanto, não sofreria a lesão.³⁹

Diante disso, aplicando-se esse método, processo hipotético de eliminação, tem-se como nexos causais, quando suprimido a causa afetar o resultado da ação.

Do exposto, conclui-se que para a realização do tipo objetivo, tem que estar presente a conduta (ação ou omissão), o resultado, e o nexo causal. Tendo-se em vista, que o nexo causal é importantíssimo, pois é através deste que será possível analisar se a conduta praticada é que deu ou não causa ao resultado.

3.2 INTRÓITO DA FINALIDADE DA PENA

Por consequência, toda infração penal enseja uma pena, sendo importante esclarecer a sua definição.

Capez conceitua pena como sendo:

[...] 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 delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.⁴⁰

Diante disso, constata-se que a pena nada mais é do que uma sanção decorrente de uma execução de sentença em desfavor do agente que praticou uma infração penal, visto que trata de uma restrição ou privação de um bem jurídico. Além disso, tem como função intimidar a sociedade a não praticar infrações penais.

³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 167.

³⁹ MIRABETE, 2004, p. 111.

⁴⁰ CAPEZ, 2006, p. 332.

No mesmo sentido, García-Pablos citado por Queiroz explica que “conceitualmente, pena é a privação ou a restrição de um bem jurídico imposta por um órgão jurisdicional a quem tenha praticado uma infração penal (crime ou contravenção)”.⁴¹

Vê-se que a pena é imposta pelo Estado ao agente que tenha praticado uma infração penal, acrescentando Queiroz que

constitui, portanto, a consequência principal do delito ou, mais exatamente, a consequência principal do fato punível, ou seja, um fato típico, ilícito, culpável e que não tenha sido atingido por causa de extinção da punibilidade (prescrição, decadência etc.).⁴²

Têm-se, portanto, a pena como a principal consequência da prática de uma infração penal, salientando Soler citado por Mirabete que

a pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.⁴³

Assim, a pena é uma sanção imposta pelo Estado, com o intuito de coibir a prática de infrações penais, necessitando-se neste momento, analisar a classificação das penas.

Falconi cita como espécies de pena “A) *Corporais*⁴⁴; B) *Privativas de Liberdade* ou *Restritivas de Direitos*; c) *Patrimoniais*⁴⁵”.⁴⁶

Entretanto, Jesus apresenta de forma minuciosa, ou seja, três tipos de classificações das penas, quais sejam, doutrinária, constitucional e penal, veja-se:

A doutrina classifica as penas em: a) corporais; b) privativas de liberdade; c) restritivas de liberdade; d) pecuniárias; e) privativas e restritivas de direitos. A Const. Federal prevê as seguintes penas (art. 5º, XLVI): a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. De acordo com o CP as penas classificam-se em: a) privativas de liberdade; b) restritivas de direitos; e c) pecuniárias.⁴⁷

⁴¹ GARCÍA-PABLOS apud QUEIROZ, 2006, p. 341.

⁴² QUEIROZ, 2006, p. 341.

⁴³ SOLER, Sebastian apud MIRABETE, 2004, p. 246.

⁴⁴ FALCONI explica que as penas *corporais* são aquelas que atingem diretamente a integridade física do apenado. Conhece-se as *mutilações*, os *açóites* e a *pena de morte*. Cf. FALCONI, 2002, p. 251.

⁴⁵ A pena patrimonial nada mais é do que a pena de multa, sendo aquela que recai diretamente sobre a pecúnia do condenado. Cf. FALCONI, 2002, p. 254.

⁴⁶ Ibid., 2002, p. 251.

⁴⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 520.

Segundo Jesus, constata-se que a pena apresenta três tipos de classificações, sendo que o objeto desse estudo utilizará a classificação do Código Penal Pátrio.

Diante disso, vê-se que o artigo 32 do Código Penal estabelece que “as penas são: I- privativas de liberdade; II- restritivas de direitos; III- de multa”.⁴⁸

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que

[...] o código atual reconhece três categorias de penas: a) restritivas da liberdade, com graus diferenciados, que vão desde a institucionalização total do indivíduo até o seu controle ou limitação fora da instituição total ou prisão; b) restritiva de outros direitos; c) de conteúdo patrimonial.⁴⁹

Capez também classifica as penas em “a) privativas de liberdade; b) restritivas de direitos; c) pecuniárias”.⁵⁰

E, diante dessa classificação, Mirabete explica que:

Podem-se, porém, distinguir na nova lei as penas *comuns*, que são as privativas de liberdade (reclusão e detenção) e a multa; e as penas *alternativas* ou *substitutivas* (restritivas de direito). A multa, porém, pode ser utilizada como substitutiva da pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, nos termos do art. 60, §2º.⁵¹

Vê-se que a pena, conforme artigo 32 do Código Penal acima transcrito, é classificado em penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. As privativas de liberdade tratam-se das penas de reclusão e detenção e, ainda, multa. As restritivas de direitos tratam-se das penas que privam direitos que não se referem a liberdade. E por último a multa, sendo que essas duas últimas podem em determinados casos substituir as privativas de liberdade.

3.2.1 Aspectos da pena privativa de liberdade

⁴⁸ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 781.

⁵⁰ CAPEZ, 2006, p.333.

⁵¹ MIRABETE, 2004, p. 250-251.

A pena privativa de liberdade divide-se em duas, reclusão e detenção, senão vejamos o artigo o artigo 33, *caput* do Código Penal, *in verbis*, “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”.⁵²

Vê-se no artigo supracitado a menção da pena de reclusão e pena de detenção, bem como os regimes a serem observados.

Assim, conforme o §1º do artigo em comento:

Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.⁵³

Constata-se que para cada regime, fechado, semi-aberto e aberto, existem formas diferenciadas de execução.

A diferença entre a pena de reclusão e a pena de detenção reside especialmente na gravidade do crime. Dessa forma, a pena de reclusão é aplicada aos crimes mais graves, enquanto que a pena de detenção se reserva aos crimes menos graves. Outra observação importante se refere ao regime de cumprimento, enquanto que a pena de reclusão⁵⁴ pode iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, isso já não pode ocorrer com a pena de detenção⁵⁵. Ocorre que só em um momento a pena de detenção poderá ser cumprida no regime mais rigoroso, quando o seu cumprimento for insatisfatório, o que leva a regressão.⁵⁶

Para Falconi:

As penas privativas de liberdade são: reclusão e detenção. De maneira geral, a diferença ocorre apenas em relação aos quantitativos, bem como na maneira de cumprimento dessas penas. De regra, a reclusão será sempre de pena igual ou superior a 1 (um) ano. Nunca superior a 30 (trinta) anos (art. 121 parágrafo, 157 parágrafo 3º, última parte e 159). Já as penas de detenção são de menor duração, iniciando com sanção de 15 (quinze) dias e chegando a 6 (seis) anos.

⁵² DELMANTO, 2002, p. 248.

⁵³ *Ibid.*, p. 248.

⁵⁴ Artigo 33, *caput*, primeira parte, do Código Penal, *in verbis*: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, 2002, p. 66.

⁵⁵ Artigo 33, *caput*, segunda parte, do Código Penal, *in verbis*: A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, 2002, p. 66.

⁵⁶ BITENCOURT, 2007, p. 332.

O autor supracitado cita também como diferença a forma pelas quais as penas de reclusão e detenção são cumpridas. Faz outra observação importante, qual seja, a quantidade da pena, por isso que se refere aos “quantitativos”. Assim, a pena de reclusão tratará sempre de pena igual ou superior a um ano, não ultrapassando há trinta anos. Diferentemente é a pena de detenção, cuja pena inicial será de quinze dias, podendo chegar até seis meses.

Vê-se que além das diferenças já apresentadas, outras podem ser destacadas, como por exemplo, o caso da fiança que só poderá ser aplicada nas infrações punidas com detenção ou prisão simples e jamais será aplicada as infrações punidas com reclusão. No caso da medida de segurança, nas infrações punidas com reclusão somente será aplicado de forma detentiva, porém as infrações punidas com detenção, a medida de segurança só poderá ser convertida em tratamento ambulatorial. Ademais, a aplicação da incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela ou curatela é somente para as infrações punidas com reclusão, porque no caso da detenção, não gerará nenhum efeito. Ainda, no caso da prioridade da execução, em primeiro lugar a reclusão, depois a detenção ou prisão simples. E por fim, dependendo da infração ser punida com reclusão ou detenção poderá ser decretada a prisão preventiva.⁵⁷

Assim, é claro que as duas espécies de pena privativa de liberdade se diferenciam em vários aspectos. Constata-se que a pena de reclusão é aplicado as infrações de maior gravidade, enquanto que as infrações de menor gravidade se restringem a pena de detenção. O cumprimento da pena também deve ser observado, eis que a reclusão cabe o regime fechado, enquanto que não é aplicável esse regime à detenção, só no caso de regressão. Ainda, outras considerações podem ser feitas em casos particulares acima descritos, onde em determinados casos só caberá a reclusão e em outros, somente a detenção.

As diferenças entre reclusão e detenção estão presentes e devem ser observadas. Ademais, a pena privativa de liberdade, é em um primeiro momento, uma forma de pena mais severa em relação às outras que serão adiante explicadas.

3.2.2 Aspectos da pena restritiva de direitos

⁵⁷ Nesse sentido Jesus ensina que a reclusão se diferencia da detenção não só quanto à espécie de regime como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média e mínima), à seqüência de execução no concurso material (CP, art. 69, *caput*), à incapacidade para o exercício do pátrio poder (art. 92, II), à medida de segurança (art. 97, *caput*), à fiança (CPP, art. 323, I) e à prisão preventiva (CPP, art. 313, I e II). Cf. JESUS, 2002, p. 524.

Sabendo-se que a pena privativa de liberdade se divide em pena de reclusão e pena de detenção, cabe definir quais seriam as espécies da pena restritiva de direito.

Veja-se o artigo 43 e seus incisos:

As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II- perda de bens e valores; III - (vetado)⁵⁸; IV - prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;VI - limitação de fim de semana.⁵⁹

Têm-se, assim, cinco espécies de penas restritivas de direitos. Ainda, conforme artigo 44 e seus incisos dispõem que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, *sic*:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.⁶⁰

Vê-se que as penas restritivas são aplicadas de maneira autônoma, em substituição às penas privativas de liberdade, quando esta não for superior a quatro anos e o crime cometido não tiver o emprego de violência ou grave ameaça; quando qualquer pena que seja aplicada se tratar de crime culposo; quando o réu não for reincidente em crime doloso, e ainda diante da culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, poderá também ser aplicada a substituição, desde que os motivos e as circunstâncias indicarem que seja suficiente.

Diante disso, assevera Zaffaroni e Pierangeli que “a possibilidade de substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos é limitada”⁶¹, tendo em vista a observância das possibilidades de substituição previstas no artigo 44 e seus incisos.

Prado acrescenta que “as penas restritivas de direitos previstas no estatuto atual

⁵⁸ Mirabete explica que previa o projeto, ainda, a pena restritiva de direito de “recolhimento domiciliar”, mas o inc. III, que a instituía, foi vetado pelo Executivo, por se entender que era ela totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa, carente do indispensável substrato coercitivo e, portanto, contrária ao interesse público. Pela mesma razão foi vetado dispositivo que previa como pena restritiva de direitos a “admoestação verbal” ao condenado ou o “compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento”, durante o tempo de pena aplicada. Cf. MIRABETE, 2004, p. 268.

⁵⁹ DELMANTO, 2002, p. 79.

⁶⁰ Ibid., p. 82.

⁶¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 781.

são autônomas – e não acessórias⁶² – sendo, de conseguinte, inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade”.⁶³

Constata-se que, sendo as penas restritivas de direitos autônomas, estas jamais podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade.

Jesus ensina que

as penas alternativas são substitutivas. O juiz, em primeiro lugar, fixa a pena privativa de liberdade. Depois, a substitui por uma ou mais alternativas, se for o caso. Não podem ser aplicadas diretamente, nem cumuladas com as privativas de liberdade.⁶⁴

Além das penas restritivas de direitos serem autônomas, estas possuem também como natureza a substituição, uma vez que o juiz primeiro fixa a pena privativa de liberdade, para depois, se couber ao caso, substituir por alguma das espécies de pena restritiva de direito.

Ainda, conforme artigo 44, §2º do Código Penal:

na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.⁶⁵

Analisando-se o artigo supracitado, constata-se que poderá ser aplicada pena de multa em determinados casos, dependendo da quantidade da pena. Se a condenação for igual ou superior a um ano, a substituição poderá ser feita ou por uma pena de multa ou por uma restritiva de direitos. Se a condenação for superior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, ou ainda, por duas restritivas de direitos.

Nesse norte, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que:

⁶² Prado acrescenta que as penas restritivas de direitos insculpidas no Título V, Capítulo I, Seção II, do Código Penal não se confundem com as antigas penas acessórias, consagradas na legislação anterior. O Código Penal de 1940 estabelecia como penas acessórias a perda de função pública, eletiva ou de nomeação, as interdições de direito e a publicação de sentença (art. 67), admitindo a aplicação cumulativa com a pena restritiva de liberdade – principal – imposta (art. 70). E acrescenta que o Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, por sua vez, elencava como penas acessórias a perda de função pública ainda que eletiva; a inabilitação para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; a suspensão dos direitos políticos e a publicação da sentença (art. 82). Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 4, p.478.

⁶³ Ibid., p.478.

⁶⁴ JESUS, 2002, p. 532.

⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, 2002, p. 82.

O §2º do art. 44 ampliou os benefícios concedidos pela legislação pretérita. Destarte, se a pena aplicada ao delito, seja ele doloso ou culposo, seja igual ou inferior a um ano de privação de liberdade, pode ser operada a substituição com a imposição de pena de multa ou de uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (art. 44, §2º).⁶⁶

Já no §3º do artigo 44 encontra-se a aplicação da pena restritiva de direitos para o condenado reincidente, veja-se: “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.⁶⁷

Para Delmanto:

Abrindo uma exceção ao disposto no inciso II do art. 44 – que proíbe a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos quando o acusado for reincidente em crime doloso –, preceitua o §3º deste artigo que, mesmo sendo o acusado reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição desde que, “em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”. Ou seja, para a reincidência genérica em crime doloso, a substituição é cabível uma vez presentes os requisitos legais, enquanto que para a reincidência específica em crime doloso ela não é permitida. Observe-se, aqui, que o Legislador ressuscitou a chamada “reincidência específica”, que com a reforma de 84 havia sido abolida. Obviamente, a reincidência em crime culposo não impede a substituição.⁶⁸

Constata-se que nos casos da reincidência genérica em crime doloso a substituição por pena restritiva de direitos é cabível, entretanto na reincidência específica⁶⁹ em crime doloso não é permitido.

Cabe destacar ainda o §4º do artigo 44 que trata da conversão da pena restritiva de direito para a pena privativa de liberdade, *in verbis*:

A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.⁷⁰

⁶⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 780.

⁶⁷ DELMANTO, 2002, p. 44.

⁶⁸ Ibid., p.83.

⁶⁹ Capez acrescenta que na Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que introduziu o §3º no art. 44 do CP, reincidência específica voltou a ser prevista, com efeito, de proibir a substituição de pena privativa de liberdade por pena alternativa, em caso de reincidência específica. Entretanto, nesse caso reincidente específico será o reincidente em crime previsto no mesmo tipo incriminador (furto e furto, lesão corporal culposa e lesão corporal culposa etc.). Cf. CAPEZ, 2006, p. 421.

⁷⁰ DELMANTO, op. cit., p. 82.

Vê-se que poderá ocorrer a conversão da pena restritiva de direito para a pena privativa de liberdade, quando houver o descumprimento sem justificativa da restrição imposta, o que não é o caso do artigo 28 da Lei 11.343/06⁷¹, pois no preceito secundário não há contemplação de pena privativa de liberdade.

Além disso, deverá ser observado o prazo de 30 (trinta) dias de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido Zaffaroni e Pierangeli asseveram que “as penas restritivas de direitos são convertidas em penas privativas de liberdade nas seguintes hipóteses: a) quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (§4º)”.⁷²

E mais adiante, os mesmos autores supracitados acrescentam que “no cálculo da pena privativa de liberdade substitutiva, será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo máximo de trinta dias de detenção ou reclusão”.⁷³

Jesus também entende que “na pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.⁷⁴

Assim, no momento em que há descumprimento sem justificativa da pena restritiva de direito, haverá a conversão para a pena privativa de liberdade, desde que observado alguns requisitos. Se operada a dedução resultar um período inferior, tem-se no

⁷¹Artigo 28 da Lei n. 11.343/06, *in verbis*: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: 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. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 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. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 754.

⁷² ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999; p. 808.

⁷³ *Ibid.*, p. 809.

⁷⁴ JESUS, 2002, p. 536.

artigo 44 § 4º do Código Penal a observância do prazo de 30 (trinta) dias de reclusão ou detenção, não podendo o agente ficar preso por menos tempo. No caso da prisão simples não há a exigência do prazo de 30 (trinta) dias. E no caso das penas restritivas pecuniárias, não existe tempo de cumprimento – o prazo de 30 (trinta dias) -, sendo assim, deverá ser deduzido o valor já pago, visto que se o agente já pagou metade do valor, então deverá cumprir na prisão a outra metade da pena privativa de liberdade.

Ainda conforme o artigo 44 §5º do Código Penal, *in verbis*: “sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”.⁷⁵

Nesse norte, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que:

As penas restritivas de direitos são convertidas em penas privativas de liberdade nas seguintes hipóteses [...] b) quando sobrevier a condenação numa pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz da execução decidirá acerca da conversão, sendo-lhe facultado deixar de aplicá-la, se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (§5º)”.

Vê-se que além da conversão da pena restritiva de direitos para a pena privativa de liberdade no caso de descumprimento sem justificativa, ocorrerá essa conversão também nos casos que sobrevier a condenação numa pena privativa de liberdade por outro crime.

Diante disso, a conversão é facultativa, desde que observadas as condições acima expostas.

3.2.3 Multa

Sabendo-se que são penas as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa, cabe a análise quanto a última.

Assim, tem-se como sendo a pena de multa uma sanção criminal pecuniária, conforme o artigo 49 *caput* do Código Penal, “a pena de multa consiste no pagamento ao

⁷⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, 2002, p. 82.

fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa”.⁷⁶

Para Jesus, “a quantidade dos dias-multa não é cominada pela norma penal incriminadora, que só faz referência à multa. Deve ser fixada pelo juiz, variando de, no mínimo, dez dias-multa a, no máximo, trezentos e sessenta dias-multa”.⁷⁷

Mirabete ensina que “a pena de multa consiste, [...], no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo no mínimo, de 10 e, no máximo, de 360 dias-multa”.⁷⁸

Vê-se que a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário, sendo que o seu valor não está previsto no comando do artigo 49 *caput* do Código Penal, haja vista ser fixado em sentença pelo juiz, este respeitando o limite mínimo e máximo estabelecido no artigo em comento, calculada em dias-multa.

Ainda conforme o §1º do artigo 49 do Código Penal, *in verbis*, “o valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário”.⁷⁹

Acrescenta Capez que “o valor é fixado com base no maior salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, variando entre o limite mínimo de 1/30 até 5 salários mínimos”.⁸⁰

Mirabete acrescenta que:

isso significa que um dia-multa nunca poderá ser inferior à remuneração devida por um dia de trabalho de acordo com o maior salário mínimo vigente ao tempo do fato, nem superior ao quádruplo da remuneração por um mês de trabalho, tendo em vista ainda o mesmo salário.⁸¹

Note-se que o valor do dia-multa é fixado pelo juiz, observado o limite mínimo e máximo de 1/30 até 5 salários mínimos.

Além disso, conforme o §2º do artigo 49 do Código Penal, “o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.⁸²

⁷⁶ Ibid., p. 91.

⁷⁷ JESUS, 2002, p. 541.

⁷⁸ MIRABETE, 2004, p. 284.

⁷⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, 2002, p. 91.

⁸⁰ CAPEZ, 2006, p. 381.

⁸¹ MIRABETE, op. cit., p. 285.

⁸² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. In: DELMANTO, op. cit., p. 91.

Ante o exposto, tem-se que a pena de multa ao ser fixada pelo juiz deve observar os limites estabelecidos no artigo em comento, como também o valor do salário mínimo vigente, e, ainda, a sua atualização, conforme índices de correção monetária, sendo recolhida por guia ao fundo penitenciário.

3.2.4 Finalidade atual da pena

Conforme já exposto, tratam-se de penas, as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa. Dentre elas, a pena privativa de liberdade é a mais intensa, por isso, o “primeiro e essencial objetivo que se pretende alcançar com as penas e medidas alternativas à prisão, é a redução da incidência da pena detentiva. A prisão deve ser vista como a última medida do Direito Penal”.⁸³

Assim, como bem assevera Faria:

[...] no que se refere às novas formas de criminalidade, urge que se adote um modelo de Direito sancionador⁸⁴, em que as regras de imputação, normas procedimentais e sanções se adequem a essa nova realidade social, não sem antes se proceder a um amplo processo de descriminalização de condutas que se mostram inadequadas à realidade social ou resolvíveis com mais eficácia em outros ramos do direito.⁸⁵

Vê-se que apesar de presentes as penas anteriormente citadas, constata-se que o Direito Penal assume nos dias de hoje um papel desafiador, uma vez que não se utiliza mais da pena privativa de liberdade como principal sanção àqueles que violam o ordenamento jurídico penal. O que se percebe é que a pena de prisão não atinge mais a finalidade esperada pela sociedade, bem como pelo Estado, para determinadas infrações penais.

Diante disso, cita-se como exemplo o crime capitulado no artigo 28 da Lei 11.343/06 que não mais prevê pena de prisão para os usuários de drogas. Na lei anterior os usuários, uma vez surpreendidos fazendo uso de drogas, eram presos em flagrante.

Assim, conforme o exemplo supracitado ocorreu uma nova adequação social, haja vista a pena de prisão não atingir mais a sua finalidade aos usuários de drogas.

⁸³ MACHADO, Diogo Marques. Penas alternativas. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>>. Acesso em: 30 out. 2007.

⁸⁴ Faria acrescenta que indubitavelmente, a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, representou um marco inicial na adoção desse modelo de Direito sancionador, pois está cunhada na desformalização; celeridade; flexibilização de garantias; composição civil; transação; suspensão condicional do processo; distanciando-se bastante do paradigma do Direito Penal tradicional. Cf. FARIA, Denise Silva de Amorim. As deformações do Direito Penal tradicional e a ausência de paradigma. **Revista Jurídica da Unisul**, Tubarão, v. 5, n. 9/10, p. 171, jun./jul. 2003/2004.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 171.

Do exposto, aplicam-se as penas que não privativas de liberdade, àqueles crimes que não são considerados perniciosos à sociedade, com o intuito de reduzir a reincidência da pena detentiva.

Além disso, a pena tem por finalidade a ressocialização do condenado, reinserindo-o na sociedade civil.⁸⁶

⁸⁶ É difícil falar em ressocialização, quando o condenado sequer foi socializado. Nesse sentido: Augusto Thompson, no livro “A questão penitenciária”.

4 ASPECTOS PONTUAIS DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL: DESTAQUES ACERCA DA DESPENALIZAÇÃO/DESCRIMINALIZAÇÃO

No presente capítulo será focado a novel Lei nº 11.343/06, os tipos de drogas proibidas, as circunstâncias indicativas do tráfico de drogas, os usuários ou dependentes de drogas, bem como a despenalização, a descriminalização e o regime atual do delito de posse de droga para consumo pessoal, sendo necessário, dessa forma, o estudo adrede discutido, acerca da teoria da norma penal e do crime.

4.1 NOVEL LEI N.º 11.343/06

A novel Lei de Drogas foi sancionada no dia 23 de agosto de 2006 pelo Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva e publicada sob o número 11.343 no dia 24 de agosto de 2006, sendo que a partir de 45 dias a contar da data de sua publicação¹ entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006, revogando expressamente as duas outras que tratavam sobre o tema², quais sejam, as Leis ns. 6.368/76 e 10.409/02.

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 institui:

o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.³

Vê-se que foi instituído pela Lei o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

¹ Artigo 74 da Lei 11.343/06, *in verbis*: esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 827.

² Artigo 75 da Lei 11.343/06 que dispõe: revogam-se a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 827.

³ Conforme disposto no artigo 1º *caput* da Lei 11.343/06. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 827.

que exercem as atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, bem como atuam na prevenção do uso indevido de drogas, que causem dependência física ou psíquica, além da atividade de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes.⁴

Gomes acrescenta que

a lei ora se comenta rompe com as anteriores (6.368/76 e 10.409/2002) na medida em que se ocupa, mais detidamente, com atividades voltadas à prevenção do uso de drogas. Além disso, são apresentadas as atividades de atenção e de reinserção⁵ social de usuários ou dependentes de drogas.⁶

Vê-se que a Lei 11.343/06, trouxe várias inovações, principalmente com relação ao delito de posse de droga para consumo pessoal, objeto desse estudo, uma vez que a presente lei busca solucionar o problema do uso de drogas sem a aplicação da pena privativa

⁴ NUCCI, 2006, p. 747.

⁵ Os artigos 20 a 26 da Lei 11.343/06 tratam das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas, assim dispõem: Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas. Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais. Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais; III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde; IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais; V - observância das orientações e normas emanadas do Conad; VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada. Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial. Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira. Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 828.

⁶ GOMES, Luiz Flávio (Coord.) **Lei de drogas comentada artigo por artigo**: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

de liberdade, haja vista a preocupação maior estar nas atividades voltadas à prevenção ao uso de drogas⁷.

4.2 TIPOS DE DROGAS PROIBIDAS

Com o advento da novel Lei n.º 11.343/06, passou-se a adotar outra terminologia, utilizando o vocábulo “droga”, assim dispõe em seu artigo 1º, parágrafo único,

para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.⁸

⁷ Os artigos 18 e 19 da Lei 11.343/06 tratam da prevenção, veja-se: Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção. Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence; II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam; III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias; V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares; IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida; X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino; XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad; XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 828.

⁸ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 747.

No mesmo sentido, “a nova Lei passa a adotar uma terminologia diversa da usada pelas Leis 6.368/76 e 10.409/2002. No lugar de *substância entorpecente*, utiliza o vocábulo *droga*”.⁹

Volpe Filho ensina que “com a nova legislação, o objeto material passou a ser conhecido como “droga”. Sendo que a definição do que vem a ser “droga” é trazida pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (ou Lei Antidrogas)”¹⁰, conforme visto anteriormente.

Leal acrescenta que “temos, a partir de agora, um conceito legal desta categoria jurídica chamada *drogas*, que não ficou restrito à categoria dos entorpecentes, nem das substâncias causadoras de dependência física ou psíquica”.¹¹

Nesse sentido, Nucci acrescenta que

continua a lei antitóxica a ser uma norma penal em branco. Há órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas em geral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas.¹²

No mesmo norte, corrobora Gomes:

[...] mesmo que uma dada substância capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal).¹³

Vê-se que a novel Lei 11.343/06 não traz a relação dos tipos de drogas proibidas, motivo pelo qual é considerado, uma norma penal em branco¹⁴, cabendo, desse modo, ao Poder Executivo da União, listar as substâncias que sejam proibidas, existindo órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, competente para controlar as

⁹ GOMES, 2007, p. 21.

¹⁰ VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Parte I. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

¹¹ LEAL, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

¹² NUCCI, 2006, p. 747.

¹³ GOMES, op. cit., p. 22.

¹⁴ Conforme item 2.7 que trata da norma penal em branco.

drogas em geral do Brasil, tratando-se da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que tem por incumbência a edição da relação das substâncias entorpecentes¹⁵ proibidas¹⁶, existindo a Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998 editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, regulando a situação.

Ainda, conforme artigo 66 da lei 11.343/06, *in verbis*: “para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998”.

Além disso, as drogas e plantas proibidas encontram-se dispostas na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, na lista E que trata da relação das plantas que podem dar origem a substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, bem como a lista F que constituem substâncias de uso proscrito no Brasil, veja-se:

Lista – E, Lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas: 1) Cannabis sativum; 2) Claviceps paspali; 3) Datura suaveolans; 4) Erythroxylum coca; 5) Lophophora williamsii (Cacto peyote); 6) Prestonia amazonica (Haemadictyon amazonicum). *Adendo: 1) ficam também sob controle, todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a partir das plantas elencadas acima.* Lista – F lista das substâncias de uso proscrito no Brasil, lista F1 - Substâncias entorpecentes; 1) 3-metilfentanila (n-(3-metil 1-(fenetil-4-piperidil)propionanilida); 2) 3-metiltiofentanila (n-[3-metil-1-[2-(2-tienil)etil]-4-piperidil]propionanilida); 3) acetil-alfa-metilfentanila (n-[1-μ -metilfenetil)-4-piperidil]acetanilida); 4) alfa-metilfentanila (n-[1-μ -metilfenetil)-4-piperidil]propionanilida); 5) alfametiltiofentanil (n-[1-[1-metil-2-(2-tienil)etil]-4-piperidil]propionanilida); 7) beta-hidroxi-3-metilfentanila; 8) beta-hidroxifentanila; 11) cocaína; 12) desomorfin (diidrodeoximorfina); 20) ecgonina; 24) heroína (diacetilmorfina); 32) mppp (1-metil-4-fenil-4-propionato de piperidina (ester); 33) para-fluorofentanila (4-fluoro-n-(1-fenetil-4-piperidil)propionanilida); 35) pepap (1-fenetil-4-fenil-4-acetato de piperidina (ester); 43)tiofentanila (n-[1-[2-tienil)etil]-4-piperidil]propionanilida).¹⁷

¹⁵ NUCCI utiliza o termo “entorpecente”, embora a novel Lei 11.343/06 utilize o vocábulo droga no lugar de substância entorpecente.

¹⁶ NUCCI acrescenta que a Lei 11.343/06 constitui norma penal em branco, significando que a existência de um rol de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica é fundamental, embora não deva ser feito por lei, pois difícil de ser alterada. Por isso, cabe a órgão vinculado ao Ministério da Saúde, por resolução ou portaria, fixar a relação das drogas controladas pelo Estado, dentre estas as que são efetivamente proibidas. Às vezes, é possível que se autorize a produção, extração, fabricação (etc.) de substâncias entorpecentes, para fins científicos ou medicinais, desde que haja expressa e prévia licença da autoridade competente. Cf. NUCCI, 2006, p. 764.

¹⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm>. Acesso em: 31 out. 2007.

Na portaria em comento, estão presentes a relação de plantas e drogas proibidas que irão completar o artigo 1º da Lei n.º 11.343/06, haja vista este possuir o seu preceito primário incompleto, assim tratando-se de norma penal em branco.

4.3 CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DO TRÁFICO DE DROGAS

Sabendo-se que são drogas proibidas aquelas presentes na Portaria SVS/MS 344, conforme item anterior (4.2), constituindo crimes algumas condutas relacionadas a elas, dentre as quais, a descrita no artigo 33 da Lei 11.343/06¹⁸, surgindo uma questão delicada, qual seja: se a droga é para consumo pessoal ou para fins de mercancia, sendo necessário observar alguns requisitos.

Nesse norte, Gomes ensina que:

Para se concluir pela prática do crime de tráfico, não basta, em princípio, a quantidade (ou qualidade) da droga apreendida. Deve-se atentar, ainda, para outros fatores, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (art.52).¹⁹

¹⁸Artigo 33 da Lei 11.343/06, *in verbis*: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 765.

¹⁹ GOMES, 2007, p. 151.

Vê-se que não configura o crime de tráfico de drogas, somente a quantidade da droga apreendida, mas, sobretudo de outros elementos indicadores do crime, bem como a qualificação e os antecedentes do agente.

No mesmo sentido Nucci:

[...] tem sido referencial para a jurisprudência brasileira a quantidade de droga apreendida, os antecedentes criminais do agente, quando voltados ao tráfico, bem como a busca do caráter de mercancia. Quem traz consigo grande quantidade, já foi condenado anteriormente por tráfico e está em busca de comercialização do entorpecente é, com imensa probabilidade, traficante (art. 33). No entanto, aquele que possui pequena quantidade, nunca foi antes condenado por delito relativo a tóxicos, bem como não está comercializando a droga é, provavelmente, um usuário (art. 28).²⁰

Assim, para diferenciar um traficante de drogas de um usuário de drogas, deverá ser observado um conjunto de elementos. Se a droga apreendida for de grande quantidade, o agente já tiver sido condenado pelo crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 e estiver comercializando-a, com certeza irá se tratar de traficante e não de usuário.²¹

4.4 USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

No momento em que é realizada a apreensão da droga e avaliado as circunstâncias do crime, bem como a qualificação e os antecedentes do agente, pode-se verificar se trata de traficante ou usuário de droga.

Se a droga for de pequena quantidade, não era destinada para fins de comercialização, estaremos, possivelmente, diante de usuários ou dependentes de drogas, que porta para uso pessoal, considerando usuário aquele que [...] “adquirir, guardar, tiver em depósito, portar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em

²⁰ NUCCI, 2006, p. 770.

²¹ Nesse sentido: “Os fatores *quantidade e qualidade* da droga podem induzir tráfico ou uso próprio, na conformidade de diversos outros fatores”, segundo RT 524/403. “Certo que não se classifica o traficante pela quantidade exagerada do tóxico. Mas no caso em tela, não há fugir tratar-se de traficante de cocaína: a quantidade, 320,123g, a condição pessoal do réu, a ausente capacidade econômica para vinculação ao uso, as condições de sua prisão, a ausência total de prova a seu favor, ocupação de ônibus intermunicipal carregando a elevada quantidade de droga demonstram ser ele traficante”, de acordo com RT 691/297. Cf. NUCCI, 2006, p. 770.

desacordo com determinação legal ou regulamentar” [...]”²², bem como para aquele que, com o mesmo propósito, “semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”²³, conforme artigo 28 *caput* e §1º da lei 11.343/06.

Analisando-se o núcleo do tipo do *caput* do artigo supracitado, tem-se cinco verbos, quais sejam, “*adquirir* (comprar, obter mediante certo preço), *guardar* (tomar conta de algo, proteger), *ter em depósito* (manter em reservatório ou armazém), *transportar* (levar de um lugar a outro) ou *trazer consigo* (transportar junto ao corpo), são as condutas, cujo objeto é a droga [...]”.²⁴

Nota-se que comparando o artigo 28 da Lei 11.343/06 com o artigo 16 da lei revogada n.º 6.368/46, foram incluídos dois novos verbos, os quais são, *tiver em depósito* e *transportar*.²⁵

Observa-se que as cinco condutas previstas no artigo 28 (*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo*) também fazem parte do artigo 33, entretanto a diferenciação entre os referidos artigos reside na finalidade específica do agente, qual seja, para consumo pessoal.

Assim, o usuário não se confunde com o traficante, conforme dispõe o §2º do artigo em comento, *in verbis*, conforme visto no item (4.3):

para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.²⁶

²² NUCCI, 2006, p. 754.

²³ Ibid., p. 754.

²⁴ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 755.

²⁵ Volpe Filho acrescenta que como é cediço, o art. 16, da lei n. 6.368/76, punia com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos o agente que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A nova lei (Lei antidrogas) modificou pouco o tipo descritivo do crime, o qual passou a ter a seguinte redação: “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: (...)”. Cf. VOLPE FILHO, loc. cit.

²⁶ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, op. cit., p. 754.

Leal alega que “a lei estabelece os elementos e as circunstâncias a serem, obrigatoriamente, analisados pelo juiz a fim de decidir se o caso é de porte para consumo pessoal ou de tráfico. [...]”.²⁷

Ainda, analisando-se o §1º do artigo 28 da lei 11.343/06, tem-se que “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”.²⁸

Vê-se que há outros núcleos dos tipos, quais sejam,

semear (espalhar sementes para que germinem), *cultivar* (propiciar condições para o desenvolvimento da planta) e *colher* (recolher o que a planta produz) são as condutas mistas alternativas, cujo objeto é a semente ou planta voltada à preparação de substância entorpecente [...].²⁹

Sobre o parágrafo em comento, Volpe Filho ensina que:

De mais a mais, a nova lei sancionada tratou de pôr fim a uma anomalia existente na antiga lei. Antes, o sujeito que cultivava uma planta de maconha para uso próprio poderia responder pelo crime de tráfico, pois essa conduta não diferenciava aquele que plantava para o tráfico daquele que cultivava para uso. Chegou-se a ponto de criar uma ponte invisível, ferindo princípio da legalidade, tipificando tal conduta no art. 16, da Lei n. 6.368/76, justamente para harmonizar a conduta com a sanção. Passa-se, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena privativa de liberdade (art.28, §1º, Lei Anti-Droga). Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio.³⁰

A nova lei trouxe mais uma inovação, uma vez que acrescentou no crime de posse de droga para consumo próprio o §1º prevendo as formas de preparação da droga. Na antiga Lei 6.368/76, no seu artigo 16, não havia previsão de tais condutas, o que trazia insegurança jurídica³¹. Agora há equiparação de tais condutas para o crime de posse de droga para consumo próprio.

²⁷ LEAL, João José. Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

²⁸ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, op. cit., p. 754.

²⁹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 759.

³⁰ VOLPE FILHO, loc. cit.

³¹ Gomes acrescenta que no tempo da vigência dos famosos arts. 16 e 12, §1º, II, da Lei 6.368/76, muita divergência existia sobre o correto enquadramento típico da conduta consistente em semear, cultivar ou colher plantas tóxicas (que são as plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto

Gomes também afirma que

uma coisa é semear, cultivar ou colher plantas tóxicas para consumo pessoal, outra para o tráfico. [...]. Não se pode equiparar uma plantação de vários alqueires de maconha (v.g.) com o cultivo ou colheita de um pé de maconha. Fatos distintivos merecem tratamentos diferenciados.³²

Analisando-se o Capítulo II da Lei 11.343/06, nota-se que o legislador não fez diferenciação entre usuários e dependentes de drogas, tratando ambos de forma igual. Entretanto, ressalta-se que o usuário é aquele que consome droga esporadicamente, enquanto que o dependente a consome com frequência e em quantidades elevadas.³³

Nesse sentido, Fernandez Bisneto ensina que:

[...] o legislador trata o usuário de drogas em igualdade de condições ao dependente de drogas, dando-lhes claramente, no Capítulo II, tratamento igual a ambos. Tal postura, adotada pelo legislador e plasmada no texto normativo ora analisado, não

capaz de causar dependência física ou psíquica). Três posições eram sustentadas: (a) o fato caracterizava o delito do art. 12, §1º, II, da referida Lei (não importava se a intenção do agente era para uso ou para consumo de terceiros); (b) o fato estava descrito nesse dispositivo legal, mas quando o agente “plantava”, semeava ou colhia “para uso próprio” a pena não podia ser a do art. 12, §1º, II, sim, a do art. 16 (por analogia *in bonam partem*); (c) o fato era atípico, sendo esta última sustentada pelo autor. Cf. GOMES, 2007, p. 130.

³² GOMES, 2007, p. 130.

³³ Capítulo II da Lei 11.343/06 que trata das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas: Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas. Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais. Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais; III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde; IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais; V - observância das orientações e normas emanadas do Conad; VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada. Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial. Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira. Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 752-753.

parece de todo adequada do ponto de vista médico e psicológico. Há diferenças importantes entre o usuário, que consome esporadicamente algum tipo de droga, e o dependente que não consegue parar de consumir, gerando conseqüências danosas para a sociedade.³⁴

Sobre a questão, Gomes adverte que:

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Aliás, em regra o usuário de droga não se converte num dependente. A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto.³⁵

Vê-se que o usuário se difere do dependente de drogas, posto que nem sempre um usuário será dependente, por isso, a importância da distinção para a aplicação da medida alternativa³⁶ mais adequada.

Da mesma forma, Silveira acrescenta que “a nova lei, contudo, trata usuário e dependente praticamente da mesma forma, diferenciando-os, somente, como mencionado, quanto à medida alternativa a ser adotada”.³⁷

Fernandez Bisneto também é da opinião que “a existência de profundas diferenças entre os indivíduos deve levar a certas diferenças nos direitos a serem atribuídos a uns e outros”.³⁸

Além disso, a Lei 11.343/06 não mais prevê a pena privativa de liberdade como sanção para as condutas que visam o consumo de drogas. As penas previstas pela referida Lei são “I- advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.³⁹

Vê-se que as penas do artigo 28 da Lei 11.343/06 se diferem das demais, o que causa grande polêmica, pois não há contemplação da pena privativa de liberdade no seu preceito secundário. Hoje, somente poderá aplicar-se, ainda que o agente seja reincidente, tenha maus antecedentes, as penas constantes no referido artigo.

³⁴ FERNANDEZ BISNETO, Atahualpa. A Lei n. 11.343 / 2006 e o problema da não diferenciação entre usuário e dependente. **Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 208. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>> Acesso em: 02 nov. 2007.

³⁵ GOMES, 2007. p. 99.

³⁶ As medidas alternativas aplicadas aos usuários ou dependentes de drogas estão presentes no artigo 28 da Lei 11.343/06.

³⁷ SILVEIRA, Sérgio Luiz Queiroz Sampaio da. Lei de drogas beneficia usuário e prejudica sociedade.

Consultor Jurídico, n. 7. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/57139,1>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

³⁸ FERNANDEZ BISNETO, loc. cit.

³⁹ Conforme artigo 28 da Lei 11.343/06.

Nesse norte Leal⁴⁰ afirma que

a conduta típica de consumir drogas seria o único crime não punido com pena de detenção ou reclusão, enquanto que todos os demais crimes, previstos no Código Penal ou nas leis especiais continuariam legalmente classificados pela marca da pena privativa de liberdade.⁴¹

Bracks aduz que

por derradeiro, trazemos à baila talvez o maior acinte da novel lei, o artigo referente ao uso de entorpecentes. Com a redação atual do artigo 28, pasmem o delito de uso de drogas não é mais punido com pena de detenção, tampouco pagamento de multa, como era no artigo 16, da lei de 1967.⁴²

Além disso, o §2º do artigo 48 da Lei 11.343/06 bem frisa a impossibilidade de impor prisão em flagrante ao usuário ou dependente de drogas, *in verbis* “tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante [...]”.⁴³

Sobre o assunto Leal ensina que “[...] de maior significado penal, foi, sem, dúvida a opção por uma Política Criminal de rejeição da prisão como instrumento válido de resposta punitiva à conduta do consumidor de drogas”.⁴⁴

E Gomes acrescenta que:

Não há nas prisões condições de vida adequadas para ninguém, especialmente para quem nunca foi criminoso ou para quem é dependente de droga, ou seja, o encarceramento provoca o pernicioso contato destes consumidores e/ou dependentes não-criminosos com delinquentes perigosos, ladrões, homicidas, estupradores, criminosos organizados etc. Além disso, nas prisões existem controles, mas a droga nunca deixou de estar lá presente.⁴⁵

⁴⁰ LEAL, loc. cit.

⁴¹ Sobre o assunto entende-se que há no ordenamento jurídico penal a possibilidade de aplicar somente a pena de multa, encontra-se no artigo 155 §2º do Código Penal, assim ensina Delmanto que “o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar *somente a multa*. Cf. DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 342.

⁴² BRACKS, Paulo. Os acintes da novel Lei de Tóxicos. **Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 208. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1659>> Acesso em: 3 nov. 2007.

⁴³ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 805.

⁴⁴ LEAL, loc. cit.

⁴⁵ GOMES, 2007, p. 110.

Assim acredita-se que o usuário ou dependente de drogas não deva receber como pena a privativa de liberdade, pois com a novel lei o que se busca é o seu tratamento, recuperação e a sua reinserção social.

Dessa forma, há que se discutir se estamos diante de descriminalização, despenalização ou outra possibilidade.

4.5 DESCRIMINALIZAÇÃO

Diante da inaplicabilidade da pena privativa de liberdade aos usuários ou dependentes de drogas, surgem várias discussões sobre essa mudança decorrente do artigo 28 da Lei 11.343/03, haja vista o artigo 16 da antiga Lei 6368/76 tinha por preceito secundário a pena privativa de liberdade. De fato ocorreu a descriminalização ou despenalização da posse de droga para consumo próprio?

Antes de responder a tal indagação, passa-se a explicar o que seria a descriminalização e, por conseguinte a despenalização.

Para Gomes, “*descriminalizar* significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime”.⁴⁶

Para Arruda e Souza a “*descriminalização* significa retirar o status de crime de determinadas ações. Isso significa que certos atos deixam de se constituir ofensas criminais”.⁴⁷

Vê-se que a descriminalização consiste em retirar da conduta o caráter de crime. Diante disso, ocorrendo a descriminalização de certa conduta, ela retira do comando descrito na lei o status de crime.

Assim, conforme já visto no item 3.1 (crime e contravenção penal), “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa”.⁴⁸

⁴⁶ _____. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

⁴⁷ ARRUDA, Cristiane de Souza Reis; SOUSA, Carlo Arruda. Novidades trazidas pela Lei 11.343/2006: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846>. Acesso em: 03 nov. 2007.

É com base no artigo supracitado que os doutrinadores afirmam ter ocorrido a descriminalização, posto que o artigo 28 da Lei 11.343/06 não prevê mais pena privativa de liberdade, e por isso, não trata-se de crime, haja vista este só ser considerado quando comina pena de reclusão ou detenção.

Com base nisso, Gomes afirma que:

Ora, se legalmente (no Brasil) “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).⁴⁹

Diante disso, vê-se que pelo fato de o artigo 28 da Lei 11.343/06 não apresentar pena de reclusão ou de detenção, e por isso, não ser considerado crime, e sim, penas como advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programas educativos, houve a descriminalização do crime de posse de droga para consumo pessoal.

Arruda e Souza ensinam que “em primeiro, podemos logo perceber que o uso das drogas ilícitas foi descriminalizado, pois ainda se pune a conduta, mas de maneira mitigada, visto não mais haver a imposição de pena privativa de liberdade, encontrando-se no lugar a advertência [...], a prestação de serviço à comunidade e medida educativa”.⁵⁰

Os autores acima mencionados também aduzem que o crime de posse de droga para consumo próprio foi descriminalizado, por não haver mais a aplicação da pena privativa de liberdade. Acreditam que há punição ao usuário ou dependente de droga, porém de forma mitigada, haja vista ser aplicado as penas de advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa.

Leal alega que houve uma descriminalização branca, veja-se:

Diante disso, cremos ser mais razoável o entendimento de que a Lei Antidrogas criou uma nova infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal. Criou simplesmente, uma *infração penal inominada*, punida com novas alternativas penais e isto não contraria a diretiva genérica de

⁴⁸ Conforme artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal Brasileiro. Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.) **Código penal; Código de processo penal; Legislação penal e processual penal; Constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 257.

⁴⁹ GOMES, loc. cit.

⁵⁰ ARRUDA; SOUSA, loc. cit.

classificação das infrações penais, emanada do referido dispositivo da Lei de Introdução ao Código Penal. No texto da Lei Antidrogas, podemos perceber o compromisso com uma nova proposta de Política Criminal em relação ao consumidor de drogas: prevenção, atenção e reinserção social. E isto constitui um forte argumento de hermenêutica jurídica em favor da tese de descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas. No mínimo, de uma imprópria *descriminalização branca*.⁵¹

O autor supracitado entende que houve uma descriminalização branca, haja vista considerar que o crime de posse de droga para consumo próprio trata de uma infração penal inominada, uma vez que o referido crime não se enquadra no conceito de infração penal presente no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, anteriormente citado.

Gomes o precursor da teoria acerca da descriminalização do artigo 28 da Lei 11.343/06, conclui que:

[...] diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de “crime” nem de “contravenção penal” porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, “*sui generis*”. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é “crime” nem é “contravenção” nem é um ilícito “administrativo”: é um ilícito “*sui generis*”.⁵²

Assim, Gomes sustenta a posição de que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*, uma vez que não se trata nem de crime nem de contravenção penal. Acredita ainda, que o fato não perdeu o seu caráter de ilícito, pois a posse de droga não foi legalizada, haja vista o agente ser punido com penas alternativas, as quais estão presentes no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Em outro artigo, Gomes e Sanches sustentam o mesmo posicionamento, veja-se:

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art.

⁵¹ LEAL, loc. cit.

⁵² GOMES, loc. cit.

28 da Lei 11.343/06 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*.⁵³

Vê-se que se a intenção do legislador foi o de abrandar a pena, partindo-se das premissas de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, considerar crime o artigo 28 é qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como criminoso. Diante disso os autores acima transcritos acreditam mesmo que ao lado do crime e das contravenções, artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, tem-se a existência de uma infração penal *sui generis*.

Do exposto, conclui-se que a teoria da descriminalização se embasa no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, e frente a isso, o artigo 28 não se enquadra dentro desses parâmetros, uma vez que não prevê no seu preceito secundário a pena privativa de liberdade e sim penas alternativas. Diante disso, é considerado uma infração penal *sui generis* como também uma infração inominada, haja vista tratar-se de uma pena nova no ordenamento jurídico penal. Entretanto, é considerado um ilícito penal, por haver a cominação de penas, e por isso não ter ocorrido a legalização e sim a descriminalização.⁵⁴

4.6 DESPENALIZAÇÃO

Após a análise da teoria da descriminalização, passa-se o estudo para a teoria da despenalização, sendo ambas as teorias motivo de grande discussão no cenário doutrinário.

Oliveira Netto entende que “em que pese a opinião de renomados autores, a posição mais correta parece ser aquela que entende não ter havido a retirada do caráter criminoso, da conduta de possuir substância entorpecente para uso pessoal”.⁵⁵

Como também entende Carollo, aduzindo que “embora seja inegável notar que o legislador, ao criar a lei 11.343/06, dedicou sua total atenção no sentido de abrandar a

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1275, 28 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9327>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

⁵⁴ Tem-se no Brasil, dois ilícitos penais: crime e contravenção penal. Se não for um deles, por consequência, não será ilícito penal.

⁵⁵ OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. Não houve descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8864>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

penalização do usuário, não podemos concordar, contudo, ter havido a descriminalização da conduta”.⁵⁶

Nesse sentido, Gomes ensina que:

*Despenalizar [...] significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei 9.099/1995), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão).*⁵⁷

Vê-se que despenalizar significa aplicar penas alternativas ao invés da pena privativa de liberdade, suavizando a sanção penal, lembrando o discutido no item (3.2.2).

Oliveira Netto acrescenta que:

Prova maior e irretorquível desta afirmação é que enquadrou esta modalidade de conduta no Capítulo III da Nova Lei de Entorpecentes, que trata *dos crimes e das penas*. Assim, revela-se, insofismavelmente, a intenção de capitular a posse de drogas para consumo pessoal como uma das figuras criminosas que compõem este capítulo da nova normatização.⁵⁸

Assim para os doutrinadores que acreditam que houve a despenalização do artigo 28 da Lei 11.343/06, tratam o artigo em comento como crime e não como uma infração penal *sui generis*, conforme a teoria da descriminalização.

No mesmo sentido Leal ensina que “o Capítulo III, da Lei de Drogas, que define o ‘crime’ de consumo pessoal de drogas, refere-se aos *crimes* e às penas. Portanto, é o próprio texto legal que classifica como *crime* de forma expressa, essa nova espécie de infração penal”.⁵⁹

Volpe Filho também ensina que “o art. 28, que tipifica a conduta de posse de droga para consumo, está justamente no Capítulo III, ou seja, sendo tratado como crime, com cominação de pena”.⁶⁰

⁵⁶ CAROLLO, João Carlos. Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006 . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9213>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

⁵⁷ GOMES, loc. cit.

⁵⁸ OLIVEIRA NETTO, loc. cit.

⁵⁹ LEAL, loc. cit.

⁶⁰ VOLPE FILHO, loc. cit.

Diante disso, considera-se crime, pois a própria Lei de Drogas, no Capítulo III que trata dos crimes e das penas, prevê o artigo 28. E ainda, o legislador tratou os incisos I, II e III como “penas”, uma vez que transcreveu “será submetido às seguintes penas”.⁶¹

Sobre o assunto, Silva alega que:

[...] apenas o inciso II é que apresenta, efetivamente, uma pena – prestação de serviço à comunidade, espécie do gênero “penas restritivas de direitos”. Em épocas de justiça consensual, onde se busca ao máximo a evitabilidade da prisão, o legislador preferiu adotar essa postura com intenção de abrandar o tratamento dado aos usuários, conferindo às sanções a roupagem de *medidas educativas* (art. 28 §6º), com a nítida intenção de *despenalizar* a conduta.⁶²

Partindo-se disso, constata-se que a teoria da despenalização se baseia tanto no artigo 43 do Código Penal, como no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

Assim, o artigo 43 do Código Penal⁶³ prevê as penas restritivas de direitos, sendo que no inciso IV, encontra-se a prestação de serviços à comunidade. E, por conseguinte, no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal⁶⁴ dispõe que “adotará entre outras as seguintes penas”.

Destaca-se o supracitado, pois o inciso II do artigo 28 da Lei 11.343/06, realmente apresenta uma pena, qual seja, a prestação de serviços à comunidade, conforme disposto no artigo 43 do Código Penal. E, além disso, para as demais penas, constantes nos incisos, I, III do artigo 28 da Lei 11.343/06, como sendo a advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, o artigo 5º, inciso XLVI permite a adoção de outras penas que não estejam contempladas neste último artigo.

No mesmo sentido, Oliveira Netto alega que

⁶¹ Artigo 28 da Lei 11.343/06: “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, portar 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”. Cf. BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. In: NUCCI, 2006, p. 754.

⁶² SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

⁶³ Artigo 43 do Código Penal: As penas restritivas de direitos são: I- prestação pecuniária; II- perda de bens e valores; III- (vetado); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V- interdição temporária de direitos; VI- limitação de fim de semana. Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: GOMES, 2005, p. 307-308.

⁶⁴ Artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal: 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. Cf. BRASIL. Constituição (1988). In: GOMES, 2005, p. 26.

é bom que se ressalve, com a própria Constituição Federal. Que previu, no seu artigo 5º, XLVI, a prestação social alternativa, como uma das possíveis penas passíveis de serem aplicadas aqueles que violem os mandamentos proibitivos penais.⁶⁵

A corroborar traz-se ao estudo o entendimento de Carollo que ensina que

[...] ao analisarmos o art. 5º e os incisos [...] nada obstante deixou ao legislador ordinário a possibilidade de criação de outras penas com base em uma outra política criminal mais atualizada com o seu tempo [...], pois, assim, evitou um engessamento e uma melhor evolução da norma.⁶⁶

Além disso, Oliveira Netto salientou que:

Noutros dizeres, se as penas restritivas de direitos são consideradas como sanções penais pela redação do Código Penal, incluindo nesta relação a “prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas” (arts. 32, e 43, IV), não há porque dizer-se que a mesma estirpe de sanção prevista na Lei 11.343/06, art. 28, II (prestação de serviços à comunidade) não tem natureza penal. O Tipo penal está completo, em plenas condições para ser implementado. Existe o preceito primário (descritivo da conduta incriminada, de portar drogas ilícitas para uso próprio) assim como também se faz presente o preceito secundário, estipulador da sanção penal cabível – ainda que não seja privativa de liberdade – pelo prazo máximo de cinco meses.⁶⁷

Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 apresenta no seu inciso II como sanção, a prestação de serviços à comunidade, sendo esta considerada uma pena restritiva de direitos, e, portanto tal artigo apresenta sim uma sanção penal.

Volpe Filho ensina que

[...] não reconhecemos a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que pode a lei cominar pena de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem que isso retire a natureza penal da infração.⁶⁸

Disso conclui-se que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado crime, pois assim entendeu o legislador quando o inseriu no Capítulo III que se refere aos crimes e às penas. Ainda em análise aos incisos do artigo em comento, este além de se referir aos mesmos como penas, pode-se dizer que as três sanções estão embasadas no artigo 43 do Código Penal que

⁶⁵ OLIVEIRA NETTO, loc. cit.

⁶⁶ CAROLLO, loc. cit.

⁶⁷ OLIVEIRA NETTO, loc. cit.

⁶⁸ VOLPE FILHO, loc. cit.

trata da prestação de serviços à comunidade, bem como o artigo 5º, inciso XLVI que permite a adoção de outras penas, as quais seriam a advertência sobre os efeitos das drogas e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

4.7 DO REGIME ATUAL

Apresentadas as duas teorias, a descriminalização e a despenalização do crime de posse de droga para consumo pessoal, cabe dizer qual o regime atual adotado, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete a vítima posição judicial acerca do tema.

Assim, na visão do Supremo Tribunal Federal:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.⁶⁹

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 430105/QO/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Informativo do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, n. 456, fev. 2007.

Vê-se que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal cuidou do assunto no dia 13 de fevereiro de 2007, ao apreciar o RE 430105/QO/RJ, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, se posicionando no sentido de que houve uma despenalização do delito de posse de drogas para consumo pessoal, haja vista não haver mais a previsão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

Ora, é cediço que, analisando o caso em exame, provavelmente estamos diante de efetiva despenalização, na acepção jurídica do termo, face à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

5 CONCLUSÃO

Através desta monografia, foi realizado um estudo sobre a novel Lei de Drogas, mais precisamente do artigo 28, uma vez que se diferencia dos outros delitos, pois apresenta no seu preceito secundário, penas restritivas de direitos, ao invés da pena privativa de liberdade. Por isso, antes de tratar do referido artigo, ressaltou-se as considerações gerais do Direito Penal, a fim de estabelecer um elo de ligação do presente estudo.

1. Partindo-se disso entendeu-se que o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, com o intuito de sancionar determinadas condutas, estas sendo descritas como infrações penais e que lhe cominam as sanções correspondentes, bem como as medidas de segurança e sócio-educativas.

2. A função do Estado é manter a ordem, por isso se utiliza do Direito Penal para aplicar a pena e as medidas de segurança, com o fim de proteger os valores fundamentais presentes na sociedade.

3. O objeto do Direito Penal é o homem, sendo, por conseguinte, a conduta humana, o grande fator de relevância para a coletividade.

4. Sobre a norma penal entendeu-se que não deve ser entendida como sempre norma proibitiva, como afirmava Binding, uma vez que nem sempre as condutas humanas representam infração da norma. Ainda, segundo a doutrina, a norma penal é dividida em norma penal incriminadora e norma penal não incriminadora.

5. A norma penal incriminadora apresenta-se em forma de comandos no código, especificando os delitos, e, por conseguinte, as sanções sendo que se pode encontrá-las a partir do artigo 121, bem como em leis penais extravagantes.

6. A norma penal não incriminadora não prevê crimes, bem como não comina sanções.

7. Ainda há de se considerar a norma penal em branco, visto que se apresenta no Código Penal de forma incompleta, pois apesar de possuir uma sanção determinada, seu preceito é vago, o que necessita de complemento para que atinja o seu fim.

8. Verificou-se que tanto a contravenção penal como o crime são infrações penais, conforme artigo 1º da Lei de introdução do Código Penal Brasileiro. Enquadram-se na classificação bipartida por apresentarem como infrações penais, a contravenção e, como

sinônimos, crime e delito e, ainda, apresentam como característica diferenciadora, a natureza da sanção cominada.

9. Constatou-se que o tipo penal é o responsável por selecionar as condutas humanas reprováveis na sociedade, e uma vez presente no código em forma de comandos, se tornará típico, por conseguinte, a tipicidade é a relação do tipo e típico, visto que a conduta humana praticada deve estar prevista em lei penal.

10. Por conseguinte, a tipicidade objetiva trata da vontade humana, destacando-se os seus elementos como sendo: o objeto do crime, resultado, nexos causal, o lugar, o tempo, os meios empregados.

11. Assim tem-se como sendo a conduta a ação ou omissão, um fazer ou não fazer humano.

12. O resultado é a consequência externa advinda da manifestação da vontade.

13. Diante disso, entendeu-se que para a realização do tipo objetivo, tem que estar presente a conduta (ação ou omissão), o resultado, e o nexos causal. Tendo-se em vista que o nexos causal é importantíssimo, pois é através deste que será possível analisar se a conduta praticada é que deu ou não causa ao resultado.

14. Além disso, constatou-se que a pena é uma sanção decorrente de uma execução de sentença em desfavor do agente que praticou uma infração penal. Assim, conforme o artigo 32 do Código Penal, as penas são classificadas em privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa.

15. A pena privativa de liberdade, conforme artigo 33 do Código Penal divide-se em pena de reclusão e pena de detenção.

16. A pena restritiva de direitos, conforme artigo 43 do Código Penal são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Observou-se que a pena restritiva de direitos é autônoma, possuindo como natureza a substituição, uma vez que o juiz primeiro fixa a pena privativa de liberdade, para depois se couber ao caso, substituir por alguma das espécies de pena restritiva de direitos.

17. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário, sendo que o seu valor não está previsto no comando do artigo 49 *caput* do Código Penal, haja vista ser fixado em sentença pelo juiz.

18. Diante das penas, entendeu-se que a sua finalidade atual consiste em não mais aplicar a pena privativa de liberdade como principal sanção àqueles que violarem o

ordenamento jurídico penal, posto que a prisão não atinge mais a finalidade esperada pela sociedade e pelo Estado. Assim, àqueles crimes que não são considerados perniciosos à sociedade, aplicam-se as penas que não privativas de liberdade com o intuito de reduzir a reincidência da pena detentiva. Acrescenta-se ainda que a pena também tem por finalidade a ressocialização do condenado, reinserindo-o na sociedade civil.

19. Finalizando as considerações gerais do Direito Penal, cabe discutir o presente tema da monografia.

20. A novel Lei de Drogas revogou expressamente as duas outras Leis que tratavam do mesmo assunto, de ns. 6.368/76 e 10.409/02. A Lei 11.343/06, trouxe várias inovações, principalmente com relação ao delito de posse de droga para consumo pessoal, uma vez que a presente lei busca solucionar o problema do uso de drogas sem a aplicação da pena privativa de liberdade, haja vista a preocupação maior estar nas atividades voltadas á prevenção ao uso de drogas.

21. Além disso, com o advento da novel Lei 11.343/06, passou-se a adotar outra terminologia, qual seja, o vocábulo droga, conforme disposto no artigo 1º. As drogas e plantas proibidas encontram-se dispostas na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, na lista E que trata da relação das plantas que podem dar origem a substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, bem como a lista F que constituem substâncias de uso proscrito no Brasil.

22. Para diferenciar um traficante de drogas de um usuário de drogas, deverá ser observado um conjunto de elementos. Se a droga apreendida for de grande quantidade, o agente já tiver sido condenado pelo crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 e estiver comercializando-a, com certeza irá se tratar de traficante e não de usuário.

23. Com relação ao novo artigo 28 da Lei 11.343/06, delito de uso de drogas para consumo pessoal, houve várias mudanças. Foram incluídos dois novos verbos, tiver em depósito e transportar. No artigo em comento, foi acrescentado o §1º que trata das formas de preparação. Além dessas inovações, o legislador não fez diferenciação entre usuário e dependentes de drogas, tratando ambos de forma igual. A diferença reside na frequência do uso da droga, uma vez que o usuário é aquele que consome a droga esporadicamente, enquanto que o dependente a consome com frequência e em quantidades elevadas. A lei também não aplica mais a pena privativa de liberdade ao usuário ou dependente de droga, haja vista que o objetivo da lei de drogas é o tratamento, recuperação e reinserção social dessas pessoas. Diante desse último aspecto é que há discussão se houve a descriminalização ou despenalização da conduta prevista no artigo 28 da lei 11.343/06.

24. A teoria da descriminalização se embasa no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, e frente a isso, o artigo 28 não se enquadra dentro desses parâmetros, uma vez que não prevê no seu preceito secundário a pena privativa de liberdade e sim penas alternativas. Diante disso, é considerado uma infração *sui generis* como também uma infração inominada, haja vista tratar-se de uma pena nova no ordenamento jurídico penal. Entretanto, é considerado um ilícito, por haver a cominação de penas, e por isso não ter ocorrido a legalização e sim a descriminalização.

25. A teoria da despenalização considera o artigo 28 da Lei 11.343/06 crime, pois assim entendeu o legislador quando o inseriu no Capítulo III que se refere aos crimes e às penas. Ainda em análise aos incisos do artigo em comento, este além de se referir aos mesmos como penas, pode-se dizer que as três sanções estão embasadas no artigo 43 do Código Penal que trata da prestação de serviços à comunidade, bem como o artigo 5º, inciso XLVI que permite a adoção de outras, as quais seriam a advertência sobre os efeitos das drogas e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

26. Sobre as duas teorias acima expostas, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que houve uma despenalização do delito de posse de droga para consumo pessoal, haja vista não haver mais a previsão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

Assim, analisando-se o delito de posse de droga para consumo pessoal, vê-se que se está diante de efetiva despenalização, face à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Cristiane de Souza Reis; SOUSA, Carlo Arruda. Novidades trazidas pela Lei 11.343/2006: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846>. Acesso em: 03 nov. 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BRACKS, Paulo. Os acintes da novel Lei de Tóxicos. **Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 208. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1659>> Acesso em: 3 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 430105/QO/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Informativo do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, n. 456, fev. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

CAROLLO, João Carlos. Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006 . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9213>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

COELHO, Edihermes Marques. As fontes do Direito Penal numa perspectiva axiológica . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 676, 12 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6719>>. Acesso em: 14 set. 2007.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FARIA, Denise Silva de Amorim. As deformações do Direito Penal tradicional e a ausência de paradigma. **Revista Jurídica da Unisul**, Tubarão, v. 5, n. 9/10, p. 171, jun./jul. 2003/2004.

FERNANDEZ BISNETO, Atahualpa. A Lei n. 11.343 / 2006 e o problema da não diferenciação entre usuário e dependente. **Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 208. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>> Acesso em: 02 nov. 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.) **Lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Normas justificantes e normas permissivas . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1324, 15 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9495>>. Acesso em: 14 set. 2007.

_____. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

_____. (Org.). **Código penal; código de processo penal; legislação penal e processual penal; constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1275, 28 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9327>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

_____. Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286>>. Acesso em: 25 set. 2007.

LEAL, João José. Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

LEAL, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

MACHADO, Diogo Marques. Penas alternativas. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>>. Acesso em: 30 out. 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm>. Acesso em: 31 out. 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

MODESTO, Danilo Von Beckerath. A norma penal em branco e seus limites temporais. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 817, 28 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7345>>. Acesso em: 25 set. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. Não houve descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio . **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8864>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 4.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1175, 19 set.

2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

SILVEIRA, Sérgio Luiz Queiroz Sampaio da. Lei de drogas beneficia usuário e prejudica sociedade. **Consultor Jurídico**, n. 7. Disponível em:

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/57139,1>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

VIEIRA FILHO, Francisco de Sousa. O direito penal como "ultima ratio", suas funções e limites. Breve análise sob o fio condutor sociedade, Estado e Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1257, 10 dez. 2006. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9269>>. Acesso em: 08 nov. 2007.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Parte I. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ANEXO

ANEXO A - LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

TÍTULO II**DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS**

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Art. 8º (VETADO)

CAPÍTULO III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

CAPÍTULO IV

DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

SOBRE DROGAS

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

TÍTULO III

DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

CAPÍTULO I

DA PREVENÇÃO

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

CAPÍTULO II

DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINserÇÃO SOCIAL

DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 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.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade 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, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

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.

TÍTULO IV

DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA

E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da

omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO PENAL

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º 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.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Seção I

Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Seção II

Da Instrução Criminal

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará que se proceda na forma do art. 32, § 1º, desta Lei, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que fixar.

§ 2º Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

CAPÍTULO IV

DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos

de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença denexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

TÍTULO V

DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I - determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II - ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III - dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma prevista no § 1º do art. 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.

Art. 73. A União poderá celebrar convênios com os Estados visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas.

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Guido Mantega

Jorge Armando Felix