

**DANIEL MEDEIROS DE ALBUQUERQUE**

**CONDUTAS RELACIONADAS AO CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS:  
NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28, DA LEI N° 11.343/2006.**

Monografia Jurídica submetida à apreciação da Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

**Fortaleza - Ceará  
2009**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**CONDUTAS RELACIONADAS AO CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS:  
NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28, DA LEI N° 11.343/2006.**

**DANIEL MEDEIROS DE ALBUQUERQUE**

Monografia Jurídica submetida à apreciação da Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Avaliada em 02/06/2009

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Samuel Miranda Arruda**  
Orientador - UFC

---

**Bruno Cunha Weyne**  
Examinador - UFC

---

**Gustavo César Machado Cabral**  
Examinador - UFC

## RESUMO

Analisa as condutas associadas ao consumo de drogas ilícitas, com as alterações trazidas pela lei nº 11.343/2006. Apresenta as modificações e patologias físicas e psíquicas ocasionadas pelo consumo pontual, bem como recorrente de substâncias psicotrópicas. Estuda a teoria da pena, com foco nas sanções previstas no preceito secundário do artigo 28, da Lei de Drogas. Relata a classificação das infrações penais segundo as normas vigentes no país, com indicação de direito comparado. Dispõe as principais teorias acerca da natureza jurídica do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, concluindo pela adoção da tese de infração penal *sui generis*.

Palavras-chave: Consumo de drogas. Natureza Jurídica.

## **ABSTRACT**

Examines the behaviors associated with illicit drug use, with the amendments introduced by law n°. 11.343/2006. Presents the changes and physical and mental illnesses caused by the isolated and permanent use of psychotropic substances. Studies the theory of punishment, focusing on penalties displayed in the secondary provision of article 28 of the Law of Drugs. Reports the classification of criminal offenses according to the standards prevailing in the country, with an indication of comparative law. Provides the main theories about the legal nature of article 28 of the law n° 11.343/2006, concluding the argument for adopting it as a criminal offense *sui generis*.

Keywords: Drug abuse. Legal nature.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. DAS DROGAS</b> .....	9
<b>1.1. Conceito</b> .....	9
<b>1.2. Classificação</b> .....	10
1.2.1. Quanto à licitude .....	10
1.2.2. Quanto aos efeitos no sistema nervoso central .....	11
<b>1.3. Dependência e abuso de drogas</b> .....	13
<b>2. DAS PENAS</b> .....	15
<b>2.1. Intróito</b> .....	15
<b>2.2. Evolução das penas</b> .....	15
<b>2.3. Fundamentos da pena</b> .....	17
2.3.1. Teorias absolutas ou retributivas .....	17
2.3.2. Teorias relativas ou preventivas .....	17
2.3.2.1. <i>Teoria preventiva geral</i> .....	18
2.3.2.2. <i>Teoria preventiva especial</i> .....	18
2.3.3. Teoria mista ou eclética .....	19
<b>2.4. Espécies de pena do código penal</b> .....	19
2.4.1. Pena privativa de liberdade .....	19
2.4.2. Pena restritiva de direitos .....	20
2.4.3. Multa .....	21
<b>2.5. Sistema de penas adotado no artigo 28, da lei nº 11.343/2006</b> .....	21
2.5.1. Espécies de pena .....	23
2.5.2. Substituição da pena .....	26
<b>3. DAS ESPÉCIES DE INFRAÇÕES PENAIS</b> .....	28
<b>3.1. Introdução</b> .....	28
<b>3.2. Estudo de direito comparado</b> .....	28
<b>3.3. Classificação tradicional</b> .....	30
<b>3.4. Classificação moderna</b> .....	31
<b>4. DAS CONDUTAS RELACIONADAS AO CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS</b> 33	
<b>4.1. Evolução histórica legislativa</b> .....	33
<b>4.2. Tendências político-criminais no tratamento do usuário</b> .....	34
<b>4.3. Natureza jurídica</b> .....	35
4.3.1. Natureza jurídica de infração do Direito Judicial Sancionador .....	36
4.3.1.1. <i>Fundamentos</i> .....	37
4.3.1.2. <i>Conseqüências jurídico penais</i> .....	38
4.3.1.3. <i>Críticas</i> .....	39
4.3.2. Natureza jurídica de crime .....	41
4.3.1.1. <i>Fundamentos</i> .....	42
4.3.1.2. <i>Conseqüências jurídico penais</i> .....	43
4.3.1.3. <i>Críticas</i> .....	45
4.3.3. Outras correntes doutrinárias .....	47
4.3.4. Natureza jurídica de infração penal <i>sui generis</i> .....	48

<i>4.3.1.1. Fundamentos</i> .....	49
<i>4.3.1.2. Conseqüências jurídico penais</i> .....	50
<i>4.3.1.3. Críticas</i> .....	50
<b>CONCLUSÃO</b> .....	52
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	55

## INTRODUÇÃO

A questão a ser discutida se insere com o advento do novo diploma que trata acerca de drogas ilícitas, lei nº 11.343/2006. Em seu artigo 28, são relacionadas as condutas típicas com fins de consumo próprio destas substâncias, trazendo em seu preceito secundário sanções diversas da privativa de liberdade. Assim aduz aludido dispositivo legal:

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.

Verifica-se, destarte, que a supramencionada norma veio a substituir o artigo 16, da lei nº 6.368/76, ampliando as figuras típicas, ao adicionar os núcleos “ter em depósito” e “transportar”. A Lei de Drogas também inovou ao suprimir a pena de reclusão de 06 (seis) meses a 02 (anos), cominando somente penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas sócio-educativas.

O novel diploma, no que tange a este dispositivo, foi direcionado, ao que parece, por duas principais construções dogmáticas, a fim de coaduná-las: em relação ao sujeito ativo, uma vez a dependência química produzir uma diminuição da vontade do agente, limitando sua capacidade de autodeterminação, gerando a drogadição maiores malefícios ao usuário; e em relação à sociedade, uma vez que o consumo de drogas é fator financiador do tráfico de drogas ilícitas, além de se tratar de questão também de saúde pública.

A toxicomania constitui verdadeira doença psíquica, onde o dependente procura cada vez mais a sensação provocada anteriormente pela substância psicotrópica, muitas

vezes elevando a dosagem e modificando o tipo de droga ingerida para outras mais potentes.

Destarte, não obstante seja agente capaz, é de se admitir que esses indivíduos são vítimas do próprio vício, não alcançando êxito em abster-se ao seu consumo. Sob esse fundamento, defendem alguns a total despenalização desta conduta, alegando o princípio da lesividade, tendo em vista a conduta atingir apenas o próprio infrator, não punindo o direito penal a autolesão.

Não se pode, contudo, aceitar tal premissa como forma de evitar a censura e a repressão desta prática, uma vez que de extrema nocividade para o convívio social. É falaciosa a alegação de que a tipificação constitui mal-ferimento do princípio da lesividade a criminalização do consumo de psicotrópicos e práticas associadas, uma vez ser essencial a participação do usuário no tráfico de drogas, talvez a maior patologia social moderna, geradora de diversos outros crimes de extrema gravidade, contra o patrimônio e contra a vida.

Além disso, o mero consumo incentiva outros indivíduos a prática desse malefício, nascendo para a sociedade, nesse ponto, interesse em censurar de maneira grave esses atos, como forma de suprimir novos adeptos a esta perniciosa conduta. Ressalte-se, ainda, a grande quantidade de crimes contra o patrimônio e a vida influenciados pelos efeitos destas substâncias, seja para obter recursos para a manutenção do vício, seja na alteração para um humor agressivo gerada pela ingestão de alguns tipos de tóxicos.

No campo jurídico, a modificação das sanções cominadas ao artigo 28 gerou intenso debate entre juristas de todo país, mormente no que diz respeito à natureza jurídica das condutas associadas ao consumo de drogas ilícitas.

## **1. DAS DROGAS**

### **1.1. Conceito**

O termo em epígrafe possui diversas acepções, tendo a legislação em vigor, Lei nº 11.343/2006, apresentado sua definição da matéria no artigo 1º, parágrafo único, afirmando serem “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”.

Assim, observa-se que se trata de norma incompleta a ser integrada por ato normativo suplementar do Poder Executivo, traduzido na Portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, a qual define como droga “a substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária”.

Verificando a definição acima, observa-se que esta cuidou apenas das substâncias lícitas, deixando para conceituar as drogas ilícitas como psicotrópicas e entorpecentes, repetindo o mesmo conceito em relação às duas como:

“a substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico”.

Necessário aduzir que referido ato normativo não goza de rigor terminológico, igualando substâncias entorpecentes e psicotrópicas, quando, em verdade, estão em relação de espécie e gênero, respectivamente, como será visto. Equívoco esse que perdurou durante a vigência da lei nº 6.368/76, a qual apenas contemplava a espécie entorpecentes, tencionando albergar todas as drogas ilícitas. Nesse ponto, foi mais feliz o legislador do novel diploma que utilizou o termo genérico em seu texto.

De forma mais técnica, o Dicionário Médico – Stedman define droga como “1. Um agente terapêutico; qualquer substância, diferente de alimento, utilizada na

prevenção, diagnóstico, alívio, tratamento ou cura da doença no homem ou animal(...)"<sup>1</sup>, traduzindo em uma idéia de medicamento voltado para o bem-estar humano.

Diversamente, o Dicionário de Clínica Médica compilado por Humberto de Oliveira Garboggini define o termo droga em sua acepção de alteração do funcionamento da atividade cerebral, sendo "substância, extrativa ou de síntese, capaz de induzir modificações transitórias de psique, hábito, toxicomania e psicodislépticas"<sup>2</sup>.

## 1.2. Classificação

### 1.2.1. Quanto à licitude

Conforme se pode inferir dos conceitos supramencionados, existem drogas terapêuticas, utilizadas na cura ou alívio de patologias, e outras modificativas de humor e comportamento, podendo ocasionar a farmacodependência, sendo, desta feita, inibida sua comercialização e consumo por parte do poder público.

Assim, podem-se dividir as drogas em lícitas, quando permitido o comércio e uso, a exemplo de medicamentos para tratamento de doenças; e ilícitas, reprimidas pela atuação estatal, como o THC (tetrahydrocannabinol - maconha), cocaína, ácido lisérgico (LSD), para citar os mais comuns. As substâncias ilícitas, que podem dar causa à ocorrência do fato típico penal, estão descritas na Portaria n° 344/SVS-MS, Lista F, como de uso proscrito no Brasil.

Não é demais asseverar que esta distinção possui certos entraves, porquanto existam substâncias legais que são obtidas por meio ilegais e utilizadas para fins não prescritos, conforme pondera Paulo Dalgallarrondo<sup>3</sup>. Mencionado autor traz o exemplo da morfina, composto submetido a controle especial, contudo, obtida de forma que a não

---

<sup>1</sup> STEDMAN. **Dicionário Médico**, vol. 1. 23 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979, p. 412.

<sup>2</sup> GARBOGGINI, Humberto de Oliveira. **Dicionário de Clínica Médica** São Paulo: Formar, 1978, p. 543, vol. 2.

<sup>3</sup> DALGALLARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

legalmente determinada, ou utilizando-a para finalidade não prescrita na receita médica, constitui-se como droga ilícita. Destarte, não basta apontar como ilegal as substâncias proscritas no Brasil, sendo certo que todas aquelas submetidas a controle especial pelo Ministério da Saúde, dependente de autorização para o comércio e que não satisfaça tal requisito, pode ser considerada ilícita.

Por fim, faz-se mister considerar que há ainda substâncias permitidas em uma concentração especial (lista A2, portaria nº 344/SVS-MS), as quais, obviamente, se comercializadas ou utilizadas fora da concentração permitida serão consideradas ilícitas.

#### 1.2.2. Quanto aos efeitos no sistema nervoso central

Frise-se, de início, que será exposta apenas a classificação mais utilizada nos compêndios, sendo certo que existem muitas outras, as quais não serão comentadas por refugir ao propósito do hodierno estudo, uma vez não se tratar de análise farmacológica dessas substâncias, sendo aqui apresentadas apenas as classificações voltadas ao tema em questão.

**a) Alucinógenos** (perturbadoras, psicodélicas ou psicotógenas): “ou psicotomimético, agente químico que produz alucinações. Substâncias que alteram o pensamento, comportamento e a personalidade, agentes que podem simular uma psicose. Psicotrope, psicodisléptico.”<sup>4</sup>. Principal exemplo é a dietilamida do ácido lisérgico (LSD) e seus compostos.

Estas drogas induzem ilusões, alucinações, ideias paranóides e outras alterações do humor e do pensamento. Podem ocorrer ainda episódios de pânico nas vinte e quatro horas posteriores ao uso da substância. De efeitos somáticos, podem-se relacionar a taquicardia, tremores, náusea, elevação da pressão arterial, hiper-reflexia, entre outros.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> GARBOGGINI, Humberto de Oliveira. Op. cit., p. 77.

**b) Entorpecentes** (narcóticos ou narcoanalgésicos): era a denominação anterior da lei nº 6.368/76, substituída, *a posteriori*, pelo termo genérico drogas na legislação hodierna.

Os narcóticos fazem mais do que produzir indiferença a dor: suprimem aquelas tendências que fazem o indivíduo saciar a fome, procurar satisfação sexual e reagir violentamente às provocações. Em suma, parecem produzir um estado de satisfação total<sup>6</sup>

Nesta categoria se relacionam os opiáceos como a morfina e a heroína. Estas substâncias eram inicialmente utilizadas de forma terapêutica, contudo, devido sua capacidade viciante, passaram a ter sua atuação restrita sendo utilizado quase que tão somente em doentes terminais acometidos por câncer, além de procedimentos cirúrgicos.

Importante salientar que o abuso de narcóticos possui significativa aderência entre profissionais da saúde, os quais possuem acesso fácil a essas substâncias, sendo infactível a relação que se faz do consumo destas drogas com pessoas marginais, com personalidade voltada ao crime.

**c) Depressoras:** são as drogas que diminuem a velocidade da atividade cerebral, geralmente associadas a hipnóticos, sedativos e barbitúricos (remédios contra insônia), assim como o álcool, este de comércio e consumo sem controle especial. Em geral, essas substâncias podem ser adquiridas de forma legal, porém mediante prescrição médica e receita controlada, como é o caso do *diazepam* (valium), *lorazepam* (lorax) e *fenobarbital* (gardenal).

Seus efeitos são bastante conhecidos devido à aceitação geral das bebidas alcoólicas, tendo as outras espécies desta categoria os mesmos sintomas de sua ingestão, a saber, a fala arrastada, torpor generalizado, dificuldade de raciocínio e reação, falta de memória, instabilidade emocional, atenção diminuída, entre outros.

**d) Estimulantes** (aminas simpaticomiméticas): ao contrário das drogas depressoras, as estimulantes atuam sobre o sistema nervoso central aumentando a atividade cerebral, causando bom humor, sensação de aumento de vigília, diminuição do cansaço e do apetite, contudo, após a cessação dos efeitos primários da substância, advêm

---

<sup>5</sup> GOODMAN E GILMAN. **As Bases Farmacológicas da Terapêutica**. 4 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1973, p. 278.

<sup>6</sup> Idem. Ibidem. p. 267.

um estado letárgico e faminto, seguido de depressão, dores no peito, podendo doses excessivas levar a ataques convulsivos, ocasionando a morte por insuficiência respiratória.<sup>7</sup>

Nesta categoria se enquadram as anfetaminas e suas congêneres, as quais têm uso crescente entre as classes média e alta, tendo fácil acesso em festas, mormente nas denominadas “raves” e outras similares. Ressalte-se que essas substâncias são também consumidas ilegalmente no meio esportivo, tendo por finalidade a melhoria no desempenho em competições.

**e) Mistas:** esta categoria engloba todas as outras substâncias que, por manifestarem efeitos similares a duas ou mais das classificações aludidas, não podem ser perfeitamente inseridas em apenas uma delas. Podem ser dadas como exemplos a maconha (efeitos alucinógenos e entorpecentes) e a cocaína (depressores e estimulantes). Há ainda substâncias mistas quando são misturadas mais de uma droga, como é o caso do ecstasy, de consumo cada vez mais comum, principalmente entre jovens.

### **1.3. Dependência e abuso de drogas**

Além dos graves efeitos provocados pelo uso de substâncias psicotrópicas, estas possuem outra característica que lhes confere a necessidade de um tratamento mais firme que é seu poder de causar dependência em seus usuários, aumentando sua capacidade de gerar maiores danos na sanidade física e psíquica do indivíduo.

A dependência é dividida em comportamental, ressaltando as atividades levadas a efeito pelo farmacodependente no sentido de obter as substâncias utilizadas, bem como nas evidências de uso patológico; e física, relacionando os episódios de alterações fisiológicas no corpo do drogadito, mormente no que se infere à tolerância e abstinência, significando o primeiro a necessidade de aumento na dosagem ou de diminuição dos

---

<sup>7</sup> *Idem. Ibidem*, p. 275.

efeitos com a mesma dosagem da substância, e o segundo observando-se as conseqüências da cessação do consumo nas atitudes e funções orgânicas<sup>8</sup>.

São vários os critérios para diagnóstico da dependência de substâncias, não sendo objeto desta discussão o aprofundamento em seu estudo, bastando indicar que são relacionados no DSM-IV<sup>9</sup>, citando como exemplos o desejo persistente ou esforços mal sucedidos no sentido de reduzir o uso da substância; o consumo desta em maiores quantidades ou por um período mais longo que o desejado, dentre outros, observados no período de doze meses.

Decorrente da dependência química, o abuso de substâncias revela um grau totalmente patológico do consumo de substâncias, ocasionando malefícios mais acentuados para o usuário. Neste ponto, o indivíduo torna-se escravo de seu vício, levando-o a cometer atos desesperados em busca da satisfação de sua vontade incontida, causando diversos transtornos psicóticos, amnésicos, sexuais, de humor, ansiedade e sono, além de delírio e demência persistentes, podendo levar à morte.

A característica essencial do Abuso de Substância é um padrão mal-adaptativo de uso de substância, manifestado por conseqüências adversas recorrentes e significativas relacionadas ao uso repetido da substância. Pode haver um fracasso repetido em cumprir obrigações importantes relativas a seu papel, uso repetido em situações nas quais isto apresenta perigo físico, múltiplos problemas legais e problemas sociais e interpessoais recorrentes. (DSM-IV)<sup>10</sup>.

Portanto, vislumbrando-se o nefasto efeito produzido por essas substâncias, tanto em nível físico quanto psíquico, justifica-se o tratamento rigoroso por parte dos órgãos públicos em combater a proliferação do consumo de psicotrópicos, sendo absurda a tese defendida por alguns de legalização das drogas, a exemplo da Holanda.

Poder-se-ia dizer que a abolição dos crimes relacionados ao consumo de drogas inviabilizaria o tráfico, ao passo que o poder público taxaria esses produtos de forma a dissuadir a sua aquisição. Ora, tais medidas não impediriam que os traficantes de drogas simplesmente oferecessem as substâncias, agora lícitas, por preço mais baixo que o oficial. Desta forma, poderia o indivíduo iniciar o consumo de forma lícita até provocar-lhe a dependência quando procuraria o comércio ilícito para manter seu vício.

---

<sup>8</sup> DALGALARRONDO, Paulo. Op. cit., p. 371.

<sup>9</sup> **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders** (Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais), 4ª ed.. Publicado por Associação de Psiquiatria Americana. Washington, D.C., 1994.

<sup>10</sup> Op. cit..

## **2. DAS PENAS**

### **2.1. Intróito**

Antes de adentrar o cerne meritório na questão relativa ao estudo específico da lei de drogas, faz-se necessário um estudo acerca das penas, ainda que de caráter propedêutico, para se compreender a opção legislativa feita na Lei nº 11.343/2006 ao cominar sanções diferenciadas do restante das outras legislações penais pátrias.

Serão analisados, neste capítulo, a evolução das penas, e os seus fundamentos, bem como os tipos de sanções penais tradicionalmente positivadas no ordenamento jurídico brasileiro sem, no entanto, aprofundar-se desnecessariamente.

### **2.2. Evolução das penas**

Desde a formação da sociedade, quando os homens passaram a associar-se em busca de fins comuns, como a procura por alimentos, defesa e procriação, criou-se a necessidade de coibir condutas desviantes que perturbavam o seio social e atingiam o indivíduo.

Não se tem por propósito aqui discorrer sobre as penas vetustas utilizadas em tempos imemoriais, como decorrentes da vingança privada, de castigos corporais, tortura, entre outras, sendo necessária apenas a indicação do tratamento desumano dispensado aos criminosos de outrora.

Com a evolução da sociedade aos moldes atuais, foi-se contestando estes tipos de sanções, as quais não se revestiam de qualquer caráter de justiça, necessitando-se de uma reformulação para melhor se adequar aos anseios de uma coletividade mais esclarecida. Neste sentido, ATALIBA NOGUEIRA afirma:

(...) o direito penal não é fixo, imutável. O Estado, ao estabelecer na lei penal as suas prescrições, há de se atender sempre às necessidades do bem comum, sendo mais ou menos severo, cominando ou deixando de cominar pena para determinadas ações, guiando-se pelo que seja mais ou menos necessário para impedir a prática do delito e assim melhor assegurar a manutenção da ordem.<sup>11</sup>

Dessa maneira, com o advento do Estado Contemporâneo permeado pelos ideais iluministas da Revolução Francesa, ocorreu um início de rompimento do sistema penal, preponderantemente baseado num poder absoluto e discricionário do Estado, para reger-lhe a punição através de normas assecuratórias de direitos e garantias ao cidadão.

Neste contexto, surge a figura de CESARE BECCARIA, com sua obra “Dos delitos e das Penas”, publicada em 1764, a qual inaugura uma nova visão da aplicação de sanções penais. Defende o insigne autor, já naquela época, uma restrição do direito penal apenas às infrações mais graves, atingindo bens invioláveis do indivíduo, deixando a cargo das outras esferas do direito o tratamento de atos ilícitos menores, o que se tem, hodiernamente, com o princípio da fragmentariedade:

Toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito de punir: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos.<sup>12</sup>

No final de sua obra, conclui o iluminista:

(...) para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis.<sup>13</sup>

É de se observar que, em uma única frase, o genial autor alcançou reunir idéias similares aos princípios da proporcionalidade, eficiência, reserva da lei e a proibição de vingança privada, insculpidos na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, denotando a atualidade de seus dizeres no ordenamento jurídico existente, apesar de, na prática, serem descumpridos, conforme se aduz da morosidade da justiça, e a falta de uma

---

<sup>11</sup> NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 31.

<sup>12</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 42.

<sup>13</sup> *Idem. Ibidem*, p. 139.

unidade sistemática da aplicação de sanções, tendo por consequência o tratamento desigual de fatos semelhantes.

Finalizando, faz-se necessário apontar que, não obstante a evolução do sistema penal, verifica-se a falência do atualmente adotado, uma vez ser precipuamente erigido na encarcerização dos autores de delitos em celas superlotadas, com tratamentos desumanos, configurando verdadeiras escolas do crime, de onde a grande maioria emerge mais voltado para infringir a lei do que quando entrou, não se observando a reeducação do indivíduo, conforme em tese se pretende.

## **2.3. Fundamentos da pena**

### **2.3.1. Teorias absolutas ou retributivas**

Não conferem qualquer finalidade especial à pena, a qual é simples consequência do comportamento desviante do malfeitor, esgotando-se na retribuição do mal feito por este. A pena é, assim, considerada como um mal a ser imposto em virtude de um outro mal praticado, não possuindo qualquer característica social ou reeducadora.

Ainda há uma pequena variação dentro destas teorias, as quais fundamentam a pena na expiação da culpa por parte do infrator, como uma forma de penitência pela conduta praticada a purgar seu ato injusto para posteriormente retornar ao convívio social.

### **2.3.2. Teorias relativas ou preventivas**

Estas se alicerçam sobre uma idéia da pena como preventiva de delitos, sendo divididas de acordo com o destinatário da norma penal punitiva em geral e especial.

### 2.3.2.1. Teoria preventiva geral

A aplicação da pena tem por destinatário a coletividade, prestando-se a evitar o cometimento de delitos por parte dos indivíduos não atingidos por sua aplicação direta. Possui dois caracteres fundamentais:

**a) Positivo:** a pena tem caráter fundamentador e limitador. O primeiro se traduz no trinômio: *informação*, da reprovação da conduta praticada e do funcionamento do sistema; *confiança*, gerada no seio do corpo social ao ver a aplicação da lei; e *fidelidade*, tida pela adoção de comportamentos adequados à norma posta, tratando-se de um direito penal simbólico. O segundo pode ser entendido como a limitação feita ao poder de punir estatal através de normas compreendidas nos princípios constitucionais.

**b) Negativo:** a pena exerce uma coação psicológica no infrator em potencial, o qual, ao observar o sofrimento impingido ao delinqüente, intimida-se e abstém-se da conduta nociva.

### 2.3.2.2. Teoria preventiva especial

A pena é dirigida ao diretamente afetado por esta, ou seja, ao infrator, prevenindo que venha a cometer outras condutas contrárias ao direito, ocasionando sua reincidência, quando será mais severamente tratado. Também possui acepções positivas e negativas.

**a) Positiva:** busca a ressocialização ou reeducação do indivíduo, adequando ao comportamento socialmente aceitável.

**b) Negativa:** a pena tem caráter segregador, afastando o indivíduo do convívio social, e neutralizando a possibilidade de vir a cometer novos delitos.

### 2.3.3. Teoria mista ou eclética

Une todos os conceitos acima apresentados, os quais não possuem qualquer contradição. Assim, a pena tem caráter retributivo, preventivo e ressocializador. É a tese adotada na legislação brasileira, conforme se pode inferir da combinação dos artigos 59, do Código Penal (reprovação e prevenção) e 1º, da Lei de Execuções Penais – nº 7.210/84 (integração social).

## 2.4. Espécies de pena do código penal

O Código Penal adotou em seu bojo o sistema tripartite das sanções penais, dividindo as penas entre privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa, conforme exposto no artigo 32, da lei penal.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVI, ampliou as espécies de pena ao dispor: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, **entre outras**, as seguintes”, de onde se extrai a possibilidade de cominação, em lei, de penas não ali previstas, desde que respeitados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, individualização, proporcionalidade e humanização da pena.

### 2.4.1. Pena privativa de liberdade

É a sanção penal por excelência no direito brasileiro, consistindo na supressão parcial do direito de ir e vir do condenado. A pena privativa de liberdade se divide em reclusão, para crimes mais graves, detenção, para crimes de menor gravidade, e prisão simples, cominada às contravenções. De ver-se que a previsão de reclusão ou detenção para um delito é matéria de opção legislativa, inexistindo critérios fixos para sua escolha.

O regime de cumprimento pode ser fechado, para condenados à pena de reclusão superior a 08 (oito) anos ou sendo reincidente, havendo trabalho comum diurno e isolamento à noite (art. 34, CP); semi-aberto, condenados à pena de reclusão entre 04 (quatro) a 08 (oito) anos, ou de detenção acima de 04 (quatro) anos, onde o réu será sujeito a trabalho em colônias agrícolas, industrial ou estabelecimento similar, podendo exercer trabalho externo ou freqüentar instituições de ensino (art. 35, CP); ou aberto, penas de reclusão ou detenção inferiores a 04 (anos), onde o condenado exercerá atividade autorizada fora do estabelecimento prisional, recolhendo-se à noite e nos dias de folga (art. 36, CP).

Segundo o professor DAMÁSIO DE JESUS<sup>14</sup>, existem três sistemas penitenciários clássicos: o de Filadélfia, no qual o cumprimento da pena se dá encarcerado em uma cela, saindo apenas em casos esporádicos; o de Auburn, no qual há o trabalho em comum diurno em silêncio, com isolamento no período noturno; e o inglês ou progressivo, havendo isolamento inicial, em seguida, trabalho comum, culminando com a última fase da liberdade condicional.

A legislação brasileira adotou, como regra, um sistema penitenciário progressivo, semelhante ao inglês, no qual poderá haver a progressão entre os regimes prisionais e a concessão de livramento condicional.

#### 2.4.2. Pena restritiva de direitos

As penas restritivas de direitos estão elencadas no artigo 43, do Código Penal: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, e limitação de fim de semana.

Por dicção do artigo 44 do diploma legal mencionado, essas sanções penais são autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade quando reunidos os requisitos previstos: pena não superior a 04 (quatro) anos de reclusão ou detenção, ou qualquer

---

<sup>14</sup> JESUS. Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 521.

*quantum* para crimes culposos; não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; não ser o réu reincidente em crime doloso; e as conseqüências judiciais assim indicarem.

#### 2.4.3. Multa

Esta pena caracteriza-se pelo pagamento de valor em dinheiro o qual será recolhida ao Fundo Penitenciário Nacional, segundo artigo 2º, V, da Lei Complementar nº 79/1994, sendo cobrada através de execução fiscal.

O critério adotado no Código Penal para fixação do valor é o de “dias-multa” (art. 49, CP), no qual o juiz determina a quantidade de “dias-multa” com variação entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta), de acordo com a gravidade do crime, podendo legislação especial fixar limites maiores, como a própria lei de drogas.

O valor unitário do “dia-multa” será fixado de acordo com as condições econômicas do réu, variando de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato até cinco vezes esse salário.

#### **2.5. Sistema de penas adotado no artigo 28, da lei nº 11.343/2006**

A Lei de Drogas, em seu artigo 28, realizou uma pequena revolução no sistema penal brasileiro ao deixar de cominar pena privativa de liberdade ou multa para as práticas das condutas ali referidas quando relacionadas ao consumo de substâncias psicotrópicas.

Andou bem o legislador reformador neste ponto. O consumo de drogas ilícitas, a despeito de sua gravidade em financiar o tráfico e suas atividades perniciosas

conseqüentes, atendendo, assim, aos princípios da fragmentariedade e lesividade, possui certos contornos atenuadores, sendo considerada infração de menor potencial ofensivo.

Decorre esta assertiva da condição própria em que se encontra o indivíduo consumidor de psicotrópicos, o qual, muitas vezes, possui sua capacidade de resistência diminuída, caracterizando a farmacodependência. Por outro lado, frise-se o caráter auto-lesivo da conduta, tendo em vista que, conquanto atinja a sociedade, conforme já mencionado, a maior vítima da prática é o próprio usuário, gravemente afetado em sua sanidade física e psíquica.

Este sopesamento de interesses já podia ser vislumbrado, ainda que de forma mais tímida, no regramento anterior. A lei nº 6.368/76, em seu artigo 16, assim dispendo:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

Observa-se, portanto, que o delito, após o advento da Lei nº 9.099/95, era de competência dos Juizados Especiais Criminais, possibilitando o oferecimento da transação (art. 76) e da *sursis* processual se presentes os requisitos subjetivos para sua concessão.

Além disto, numa eventual, e rara, condenação por este delito, não ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva ou executória em razão da baixa monta da sanção, poder-se-ia aplicar a regra do artigo 44, do Código Penal, substituindo a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, vislumbrando-se a quase ou total ausência de condenação à prisão no crime sob comento.

Desta feita, a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 28, apenas incorporou essa possibilidade de aplicação da pena restritiva de direitos já em seu preceito secundário, reparando o equívoco anterior de se cominar uma pena privativa de liberdade a qual não será aplicada em concreto, entendimento este exposto pelo prof. Samuel Arruda:

É, pois, quase risível que se comine pena de dois ou seis meses de detenção para um dado tipo penal, quando se sabe que nessas hipóteses o acusado poderá ser beneficiado por uma transação penal, suspensão condicional do

processo, substituição de pena ou sursis e que quase em caso algum virá a sofrer a sanção diretamente cominada no dispositivo. Tal técnica – ou esta falta de técnica – traz prejuízos bastantes claros: por um lado confunde o agente e o acusado que se sentem ameaçados por uma sanção que não lhes será imposta; no outro extremo, dá a sociedade expectativas que não correspondem à realidade.<sup>15</sup>

Em suma, a nova legislação, ao descarcerizar os delitos relacionados ao consumo de drogas ilícitas, atendeu aos reclames dos princípios da proporcionalidade e humanização da pena, deixando de considerar o usuário de psicotrópicos criminoso para entendê-lo como um indivíduo que necessita de tratamento, e adequando a sanção prevista não só ao fato típico, como também ao próprio consumidor de drogas, numa espécie de “justiça terapêutica”.

Registre-se que, apesar dos evidentes avanços proporcionados pela Lei nº 11.343/2006, pode ter havido exageros na atenuação excessiva da pena, podendo ocasionar a sua ineficácia, como será visto adiante.

#### 2.5.1. Espécies de pena

Com vistas a esta orientação, o legislador reformador definiu como sanções para a prática de condutas associadas ao consumo de drogas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, as quais poderão ser aplicadas conjuntamente ou separadas.

Forçoso reconhecer que há a previsão de admoestação verbal e multa, no parágrafo 6º, do artigo 28, contudo estes constituem mecanismos de cumprimento das penas aplicadas. Assim, imposta e cumprida a multa ou realizada a admoestação não fica o agente desobrigado a cumprir as sanções a que foi condenado, não sendo parte do preceito secundário do referido tipo.

Neste ponto, faz-se necessária uma crítica, repetida por boa parte da doutrina, no que tange à inefetividade das sanções previstas na Lei de Drogas. As penas cominadas

---

<sup>15</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas:** aspectos penais e processuais penais: (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007.

a este tipo são consideradas obrigações de fazer, sendo certo o dogma de que não se pode obrigar um indivíduo a prestar um fato. Isto decorre de que a mera recusa ao cumprimento torna inefetiva a medida, não podendo ser feita coativamente.

Conforme mencionado, a fim de garantir o cumprimento das sanções, a lei nº 11.343/2006 previu medidas a serem impostas pelo juiz, as quais não podem se prestar ao fim colimado. A admoestação verbal gera, quando muito, mero constrangimento no autor do fato, não tendo o poder de levá-lo a realizar a conduta determinada.

Com relação à multa, esta poderia ser apta a obrigar o réu a cumprir as sanções impostas, contudo surgem vários obstáculos a sua realização prática. Em um ponto, poder-se-ia afirmar que a maioria dos condenados por este crime não possuem condições de efetuar o pagamento da multa, muitas vezes sendo beneficiários da justiça gratuita, sendo contra-senso a cobrança desta. Por outro lado, ainda que o condenado possua recursos para satisfazer o cumprimento da multa, é de se observar que esta não terá valor alto, não sendo normalmente executado pela Fazenda Pública, uma vez a quantia a ser obtida com a contrição patrimonial justificar movimentar a pesada máquina judicial, pensamento esse exposto pelo Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso, Fernando Martins Zaupa<sup>16</sup>.

Solução prática, porém pouco ortodoxa, seria a possibilidade de incursão do condenado inadimplente no crime de desobediência, artigo 330, do Código Penal, o qual prevê pena de prisão, ainda que pequena (quinze dias a seis meses de detenção). Assim, com a prévia informação da possibilidade de incursão em infração mais grave, seria gerado no indivíduo um reforço no sentido do cumprimento da pena, não se realizando qualquer injustiça contra este, uma vez reunidos todos os elementos típicos do crime em questão.

Necessário frisar ainda a posição do Promotor de Justiça do Estado do Ceará, Leonardo Gurgel Carlos Pires, no sentido de ser inconstitucional, por malferimento ao artigo 5º, XLVII, “c”, da Constituição Federal, a pena de prestação de serviços à comunidade por se tratar de trabalhos forçados:

---

<sup>16</sup> ZAUPA, Fernando Martins. **O art. 28 da Lei nº 11.343/06 (posse de droga para consumo pessoal) e suas repercussões no mundo jurídico e fático – uma visão não garantista**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>> 31 nov. 2006. Acesso em: 27 mai. 2009.

a “pena” de prestação de serviços à comunidade do inc. II do art. 28 da lei 11343/06 é inconstitucional pois viola frontalmente o art. 5º inc. XLVII alínea “c)” da Constituição Federal de 1988 que predica “ XLVII – não haverá penas : (...) c) de trabalhos forçados; (...)”. Isto é, o viciado pode se recusar a prestar serviços à comunidade e o juiz, por sua vez, não pode obrigá-lo a cumprir a prestação. Há quem possa alegar que o §6º do art. 28 da lei 11343/06 reconheça isto – que o juiz não pode obrigar o réu a prestar serviço – e, portanto, deixa ao juiz, no caso de recusa injustificada do viciado, para que sucessivamente lhe advirta (outra advertência inócua) e aplique uma multa. Entretanto, questiona-se, como o juiz poderá considerar injustificada a recusa se o usuário de drogas alegar que não irá cumprir a prestação de serviço por que tal é inconstitucional? Nesse caso a recusa seria plenamente justificada.<sup>17</sup>

Pondera-se a posição acima indicada, uma vez estar essa modalidade de pena prevista no Código Penal em seu artigo 43, IV, e no próprio Diploma Maior, no artigo 5º, XLVI, “d”, no entanto, um estudo mais detalhado dos dispositivos referidos dará razão ao insigne membro do *parquet* estadual.

Em relação ao disposto na lei penal, fácil observar que se trata de pena restritiva de direitos, e, assim, substitutiva da pena privativa de liberdade, gerando o seu descumprimento, o retorno à pena de prisão disposta na sentença.

No que tange à Constituição Federal, o dispositivo mencionado elenca como uma das possíveis penas a “prestação social **alternativa**”, ou seja, não caracterizando uma imposição unilateral por parte do Estado-juiz, mas uma faculdade do réu em realizar a prestação social ou outra que lhe for determinada.

Verifica-se, destarte, que estas sanções diferem da prevista na lei de drogas, posto que nesta o acusado não possui qualquer alternativa, forçando-se a prestar os serviços sociais. Portanto, não constitui recusa injustificada por parte do condenado de realizar a prestação, baseando-se na vedação a trabalhos forçados prevista na Constituição Federal, uma vez que a opção de realizar os trabalhos indicados deve partir da própria vontade do agente, não podendo o magistrado, diante desta negativa, aplicar medida assecuratória do cumprimento da pena.

---

<sup>17</sup> PIRES, Leonardo Gurgel Carlos. **Análise Jurídica da Lei 11343 de 23 de Agosto de 2006 - A Lei Atual de Repressão ao Tráfico Ilícito de Drogas**. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/artigos>>. Acesso em: 25 mai. 2009.

### 2.5.2. Substituição da pena

Questão controversa é no concernente à disposição prevista no artigo 27, do diploma em debate, tendo em vista possibilitar a substituição da pena aplicada a qualquer tempo, após oitiva do órgão do Ministério Público e o patrono do acusado.

Por óbvio que a sanção só pode ser substituída depois de aplicada, e, assim, depois de prolatada sentença de mérito com trânsito em julgado. Destarte, abre-se a possibilidade de reforma da decisão judicial com coisa julgada material, em total desrespeito ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, gerando grave insegurança jurídica. Assim se manifesta o prof. Eugênio Pacelli de Oliveira sobre a coisa julgada:

A coisa julgada, sabe-se, não é um efeito, mas uma qualidade da decisão judicial da qual não caiba mais recurso. É a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida. (...) Normalmente, a autoridade da coisa julgada, ou a sua imutabilidade, é justificada em razão da necessidade de segurança jurídica decorrente da solução dos conflitos sociais.<sup>18</sup>

Oportuno registrar que este dispositivo legal deixa ao juiz a opção de, mesmo encerrado seu ofício jurisdicional com a prolação da sentença de mérito, vir a se manifestar novamente nos autos sem que haja qualquer recurso com efeito devolutivo, ou até mera requisição das partes, infringindo regra do artigo 463, do Código de Processo Civil, também aplicável ao processo penal, o qual gera a imutabilidade da decisão para o juiz quando de sua prolação, só podendo ser modificada por embargos de declaração ou, de ofício, por erro material.

No caso específico da sentença penal, esta só pode ser reformada, após trânsito em julgado, com o manejo de ação de revisão criminal por parte do condenado, nos termos do artigo 621, do Código de Processo Penal, não se justificando a substituição da pena na situação sob comento.

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 520-521.

Repise-se que a substituição, segundo informa o próprio texto da lei especial, só pode ser realizada com prévia oitiva das partes, aduzindo daí o necessário consentimento. Nesse sentido, o prof. Samuel Arruda:

A nosso juízo essa possibilidade de substituição gera incerteza sem trazer grandes benefícios. É que as sanções já são bastante brandas, relativamente assemelhadas e aplicadas por prazo exíguo, não havendo o que justifique a substituição da pena cominada após a imposição da sanção. O legislador refere-se aí à prévia oitiva do Ministério Público e do defensor, dando a entender que tal substituição deve ser necessariamente consentida. Menos mal, pois de qualquer forma a decisão que fixa a pena é decisão definitiva e gravosa, com caráter sancionatório. Reformá-la ou modificá-la em prejuízo do réu é verdadeira aberração.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *Op. cit.*, p. 22.

### 3. DAS ESPÉCIES DE INFRAÇÕES PENAIS

#### 3.1. Introdução

Ao retirar a pena privativa de liberdade de seu preceito secundário, gerou-se na doutrina discussão acerca da natureza jurídica do tipo previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, devendo-se realizar uma breve exposição acerca das espécies de infrações penais para melhor compreensão do tema.

#### 3.2. Estudo de direito comparado

A divisão entre suas espécies difere de país para país, assim que temos ordenamentos jurídicos com conceito tripartite e outros bipartite, separando-os de acordo com a gravidade do delito.

A legislação estadunidense adota o critério tricotômico, classificando os delitos em *felonies*, aos quais se comina pena de prisão igual ou superior a um ano ou morte, *misdemeanors*, pena de prisão inferior a um ano ou multa, e *infractions*, assemelhando-se aos meros ilícitos administrativos da legislação brasileira, ressaltando-se antes haver a existência da categoria *treason*, significativa da maior gravidade de ato delituoso contra a coroa inglesa.<sup>20</sup>

Também é tripartido o critério no ordenamento francês em crime, delitos e contravenções: “**Article 111-1** *Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions.*”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p 149-150.

<sup>21</sup> FRANÇA. **Code Pénal Français de 1er Mars 1994**. Disponível em: <<http://admi.net/code/index-CPENALLL.html>>. Acesso em: 24 mai. 2009.

A Inglaterra possui critério dicotômico, havendo a expressão genérica *offence*, abrangendo os *indictable crimes*, subdivididos em *felony* e *misdemeanors*, sempre da maior para menor gravidade.<sup>22</sup> Assim também procedeu o legislador uruguaio, dividindo entre delitos e faltas: “*Artículo 2º. (División de los delitos). Los delitos, atendida su gravedad se dividen en delitos y faltas. Las faltas se rigen por lo dispuesto en el Libro III de este Código.*”<sup>23</sup>

O Código Penal Cubano caracteriza a espécie de delito a partir da quantidade de pena, não só privativa de liberdade, possibilitando, ainda, a substituição da pena por mera multa administrativa, se presentes os requisitos de pena de prisão não superior a um ano ou multa a 300 (trezentas) “*cuotas*”:

**ARTICULO 8.1.** *Se considera delito la acción u omisión socialmente peligrosa por la ley bajo cominación de una sanción penal. (...)*

**3. (Adicionado)** *Em aquellos delitos em los que el limite máximo de la sanción aplicable no exceda de un año de privación de libertad o de multa no superior a trecientas cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del hecho.*<sup>24</sup>

A legislação espanhola preferiu fazer a divisão entre delitos mais graves, menos graves e faltas, de acordo com a gravidade da pena, não fazendo qualquer menção à sua quantidade. Prevê-se, também, que, caso a pena possa ser incluída em mais de uma categoria, o crime terá a característica do mais grave, não se preocupando em uma conceituação mais rígida:

**Artículo 13**

- 1. Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave.*
- 2. Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave.*
- 3. Son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve.*

---

<sup>22</sup> JESUS, Damásio E. de. Op. cit., Loc. cit..

<sup>23</sup> URUGUAI. **Código penal de la República oriental del Uruguay**. Disponível em: <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080626\\_18.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_18.pdf)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

<sup>24</sup> CUBA. **Ley nº. 62/87 - Código Penal (actualizado)**. Disponível em: <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_24.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_24.pdf)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.<sup>25</sup>

A extinta União Soviética utilizava sistema mais flexível, definindo as penas de acordo com a gravidade de cada delito em tese, não se prendendo a figuras conceituais.<sup>26</sup>

A legislação pátria adotou o conceito bipartido no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal ao conceituar infração penal como crimes e delitos. Assim, é de se verificar que não há qualquer distinção ontológica entre as espécies de infração penal, expressando tão somente uma escolha político-legislativa no sentido de separá-las de acordo com sua gravidade. Este é o pensamento do prof. Damásio de Jesus:

(...) não há diferença intrínseca, ontológica ou essencial entre eles (crime e contravenção). Não são categorias que se distinguem pela sua natureza, mas realidades que se diversificam pela sua maior ou menor gravidade. A questão reside na quantidade da infração, não em sua substância. É o critério quantitativo. As contravenções são condutas que, comparadas com os crimes, apresentam menor gravidade, pelo que ensejam punição menos severa.<sup>27</sup>

### 3.3. Classificação tradicional

Conforme mencionado a legislação brasileira adotou a classificação bipartite diferenciando crime e contravenção penal a partir da pena cominada a estes tipos. Desta forma, segundo o artigo 1º, do Decreto-lei nº 3.914/1941, considera-se crime a infração penal a que se comina pena de reclusão ou detenção; e contravenção, pena de prisão simples e multa, cumulativa, alternativa ou isoladamente.

Faz-se por bem acentuar que há ainda o termo “delito” no direito pátrio, utilizado indistintamente à expressão “crime”, podendo ser considerado sinônimo deste, contudo, em algumas ocasiões, o legislador preferiu referir-se a delito como uma

---

<sup>25</sup> ESPANHA. **Código Penal de España**. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

<sup>26</sup> ZDRAVOMÍSLOV et. al. **Derecho Penal Soviético**. Traducción de Nina de la Mora e Jorge Guerreiro. Bogotá: Editorial Temis, 1970. Disponível em: **Droga**: Porte: Infração administrativa <<http://www.revistajuridica.com.br/content/noticias.asp?id=32370>>. Acesso em: 23 mai. 2009.

<sup>27</sup> JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*, p. 185.

expressão genérica, conforme se extrai na locução “flagrante delito”, presente nos artigos 301 e 302, da lei processual penal.

Aponte-se que esta diferenciação entre crime e contravenção penal não possui qualquer caráter ontológico, sendo mera opção legislativa de considerar a infração penal mais ou menos grave em face às suas conseqüências e à reprovação social. Cite-se, como exemplo, o porte de arma de fogo, o qual, inicialmente, era contravenção penal, com disposição do artigo 19, da Lei de Contravenções Penais – Decreto-lei n° 3.688/1941 (quinze dias a seis meses de prisão simples, e/ou multa), passando a ser considerado crime pelo artigo 10, da Lei n° 9.437/1997 (detenção de um a dois anos e multa), agravando-se, ainda, sua pena através de sua tipificação no Estatuto do Desarmamento, lei n° 10.826/2003, no artigo 14 (reclusão de dois a quatro anos e multa).

Necessário frisar que existem contravenções penais que não inclusas no Decreto-lei n° 3.688/1941, ainda que sob o título de crime. Desta forma, conquanto a lei n° 4.737/1965 considere crimes eleitorais os artigos 292, 303, 304, 306 e outros, estes são apenados com o pagamento isoladamente de multa, consistindo, portanto, em contravenções penais.

### **3.4. Classificação moderna**

Ao analisar a classificação anterior, vê-se que esta é determinada por um diploma legal datado de 1941, não podendo prever todas as alterações levadas a efeito nos anos subseqüentes na esfera penal. Não seria, portanto, útil a manutenção de uma distinção obsoleta e que não se adequa ao atual contexto jurídico das infrações penais.

Tendo isto em vista, a doutrina e a jurisprudência vêm preferindo uma classificação mais útil, de acordo com o potencial ofensivo do tipo penal:

**a) Infrações de ínfimo potencial ofensivo:** são os considerados crimes de bagatela, não sendo propriamente um delito, mas mero ato ilícito. Com o advento da

teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni<sup>28</sup>, ou da tipicidade material da teoria constitucionalista do delito, passou a fazer parte do próprio tipo o juízo de valor da conduta. Assim, não lesando a conduta o bem jurídico tutelado pela lei penal, o fato é atípico, não constituindo crime, privilegiando os princípios da lesividade e da adequação social.

**b) Infrações de menor potencial ofensivo:** são aquelas de competência dos Juizados Especiais Criminais, assim entendidas todas as contravenções penais, bem como crimes com pena máxima restritiva de liberdade não superior a dois anos (artigo 61, lei nº 9.099/1995). Os incursores nestas infrações, presentes os requisitos subjetivos do artigo 76, da lei mencionada, poderão ser beneficiados com a transação penal, na qual o representante do Ministério Público oferece a extinção da punibilidade do agente, mesmo antes da denúncia, condicionada à aplicação imediata de penas alternativas.

**c) Infrações de médio potencial ofensivo:** são os crimes que possuem pena privativa de liberdade mínima não superior a um ano, o que possibilita a suspensão do processo, presentes os requisitos subjetivos do artigo 89, da lei nº 9.099/1995, na qual o representante do *parquet*, ao denunciar o réu, oferece que este cumpra um período de prova, quando se submeterá a determinadas condições. Obedecidas, terá sua punibilidade extinta.

**d) Infrações de grande potencial ofensivo:** são todas as outras não contempladas nas categorias anteriores, ou seja, com pena mínima superior a um ano e máxima, a dois anos.

**e) Crimes hediondos:** são os delitos que ofendem de forma mais grave a sociedade, elencados no artigo 1º, da lei nº 8.072/1990, sendo insuscetíveis graça, anistia, indulto, fiança e com regime inicial fechado, possuindo, ainda, maior rigorismo na progressão de regimes.

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## **4. DAS CONDUTAS RELACIONADAS AO CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS**

### **4.1. Evolução Histórica Legislativa**

Até a primeira década do século XX, as drogas possuíam livre circulação no país, tendo inclusive aceitação normal entre os círculos sociais, não havendo qualquer repressão legal ou policial de seu uso e comércio.

No entanto, com o advento de substâncias mais perigosas e poderosas, viu-se nascer uma verdadeira epidemia mundial, levando os Estados Nacionais a se reunirem sob os auspícios da Convenção de Haia, em 1912, conhecida como a “Convenção do Ópio”. Referindo encontro internacional teve por fim regulamentar a produção e comercialização das substâncias estupefacientes, contudo, devido à I Guerra Mundial, sua aplicação foi adiada para 1921, quando foi instituída a Comissão das Nações Unidas sobre Drogas Narcóticas.<sup>29</sup>

No Brasil, estas modificações refletiram na criação do Decreto nº 4.294/1921, com a seguinte redação em seu artigo 1º: “Vender, expor à venda ou ministrar substâncias venenosas (...) pena: multa. Se a substância venenosa tiver qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados, cocaína e seus derivados: Prisão celular de 1 a 4 anos”.

Em seguida, o Decreto-lei nº 891/1938, trazendo extensivo rol dos compostos proibidos no país em seu artigo 1º, contemplou, no artigo 35, isoladamente a conduta de quem porta a substância ilícita, cominando a mesma pena do diploma anterior.

Derrogando as normas anteriores e sistematizando as condutas criminosas, surgiu o Código Penal de 1940, trazendo em seu artigo 281 vastas condutas relacionadas a substância entorpecentes, não distinguindo-se entre quem porta ou trafica:

---

<sup>29</sup> VIERA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. Rio de Janeiro: Forense. 1992, p. 5.

Art. 281- Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior Salário-mínimo vigente no País.

Este dispositivo foi posteriormente alterado pela lei nº 4.451/1964, introduzindo a figura típica de “plantar”, tendo seus contornos suavizados pela lei nº 5.726/1971, a qual passou a tratar o dependente como enfermos a serem tratados psicologicamente, contudo, não se distinguindo entre traficantes ou meros usuários, tendo ambos o mesmo tratamento legal, conforme aponta JOÃO VIEIRA<sup>30</sup>.

Finalmente, com a promulgação da lei nº 6.368/1976, em seu artigo 16, houve a tipificação isolada da conduta de porte de entorpecentes para consumo próprio, todavia não contemplando qualquer distinção entre o farmacodependente e o usuário eventual em relação ao tratamento penal, equívoco neste também incorrido pela lei nº 11.343/2006.

#### **4.2. Tendências político-criminais no tratamento do usuário**

O tratamento dispensado ao usuário de drogas varia de acordo com o país, observando-se políticas voltadas tanto para a liberação total dos psicotrópicos, até a repressão generalizada. Assim, são três os sistemas principais no concernente ao consumo destas substâncias:

O primeiro é a política estadunidense, a qual consiste na abstinência do uso de drogas e tolerância zero para os usuários, com massiva atuação da polícia e do exército, o que gera a encarcerização de diversos indivíduos, caracterizando verdadeira guerra contra as drogas. Tal posicionamento coaduna-se com o relatório anual da ONU, publicado em 2002, pelo Comitê Internacional de Controle de Narcóticos, pregando o combate a esta prática e a crítica às políticas européias mais brandas.

---

<sup>30</sup> Idem. Ibidem, p. 7.

Em outro extremo, tem-se o modelo liberal-radical que, baseado nos ideais liberais e não-intervencionistas, como de Stuart Mill, David Ricardo, entre outros, prega a legalização das drogas, tendo em vista tratar-se de opção individual, não podendo o Estado intervir na esfera de disponibilidade do cidadão, além do que, estar-se-iam criando distinções entre as camadas ricas e pobres da sociedade, uma vez que apenas as últimas seriam levadas a cárcere.

Como modelo alternativo, há que se mencionar a política de redução de danos, adotada em alguns países europeus, consistente na aplicação de medidas sanitárias, como a distribuição de seringas, determinação de locais para o uso de drogas, controle das substâncias, assistência médica, entre outros. Este modelo tem por idéia a Justiça restaurativa, possuindo por finalidade a prevenção, atenção e reinserção social do toxicômano.

Por fim, é válido indicar que a legislação pátria adotou um sistema misto com o advento da lei nº 11.343/2006, tendo em vista que tanto previu medidas educativas, abolindo as penas privativas de liberdade, no entanto, em relação ao tráfico, a opção legislativa foi deveras rígida, como deve ser, adotando postura de repressão aos moldes da política estadunidense.

#### **4.3. Natureza jurídica**

Por derradeiro, faz-se imperioso o enfrentamento do cerne da presente exposição, consistente na natureza jurídica do artigo 28, da lei nº 11.343/2006 em que pese a alteração no preceito secundário deste tipo para suprimir as penas privativas de liberdade, indicando outras sanções mais brandas, como a advertência sobre os efeitos maléficis da ingestão daquelas substâncias; a prestação de serviços à comunidade, preferencialmente em instituição voltada para tratamento de farmacodependentes; e a freqüência a cursos ou programas educativos.

Esta mudança no tratamento do usuário de drogas trouxe à baila intensa discussão acerca da descriminalização das condutas ali previstas, alguns afirmando ter ocorrido total esvaziamento do caráter penal do tipo do artigo 28; outros no sentido da descriminalização formal, deixando o fato de ser crime, porém mantendo a ilicitude penal, constituindo infração penal *sui generis*; e doutrina apontando para mera despenalização das condutas, sem perder sua natureza criminosa.

A seguir, as correntes referidas serão analisadas mais detidamente.

#### 4.3.1. Natureza jurídica de infração do Direito Judicial Sancionador

Para esta corrente doutrinária, capitaneada por Alice Bianchini<sup>31</sup>, e anteriormente por Luis Flávio Gomes, o artigo 28 da Lei de Drogas operou a descriminalização substancial das condutas relacionadas ao consumo de substâncias psicotrópicas, retirando-as da esfera do Direito Penal, seja quando da aplicação das medidas sancionatórias relacionadas entre os incisos do dispositivo mencionado, ou de imposição de sanções alternativas através da transação penal, prevista pelo artigo 76, da lei nº 9.099/1995.

Assim se manifestam ZAFFARONI e PIERANGELI acerca da descriminalização, demonstrando tanto um conceito da *abolitio criminis* quanto através de princípios gerais do direito:

Descriminalização é a renúncia formal (jurídica) de agir em conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a Descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas pelos empregados, furtos em grandes lojas etc. A descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós ocorre, por exemplo, com o adultério. Em alguns casos, com a descriminalização, propõe-se que o Estado se abstenha de intervir, como nos países que têm derogado as cominações penais contra a conduta homossexual adulta, que haviam permanecido como um ranço em suas leis. Mas

---

<sup>31</sup> GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06**. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> 12 mar. 2007. Acesso em 12 mai. 2009.

na maioria dos casos, o que se propõe é que o Estado intervenha apenas de modo não punitivo: sanções administrativas, civis, educação, acordo, etc<sup>32</sup>

#### 4.3.1.1. Fundamentos

Justifica seu posicionamento, a mencionada autora, trazendo os próprios dispositivos da lei nº 11.343/2006, tendo em vista que, conquanto o artigo 28 esteja sob o capítulo “Dos crimes e das penas”, as sanções a ele cominadas são correntemente denominadas de “medidas” ou “medidas educativas” (art. 28, III, art. 28, § 1º; art. 28, § 6º e art. 29), demonstrando não possuir intenção punitiva, mas meramente instrutiva, inclusive a sanção de prestação de serviço à sociedade, contendo, também, carga punitiva.

Faz referências ainda com relação à possibilidade de transação penal (art. 48, §5º, da lei nº 11.343/2006, c/c o art. 76, da lei nº 9.099/1995), aduzindo não gerar reincidência nem antecedentes criminais quando o indivíduo receber aquele benefício, tampouco impede o usuário de ser beneficiado novamente com o instituto no prazo de 05 (cinco) anos.

Continuando, indica também a possibilidade de substituição das sanções, bem como as medidas garantidoras do cumprimento da sanção primária, as quais reforçam o caráter educativo do tipo. Neste ponto, há que se ressaltar que, no caso da multa, esta se aproxima das *astreintes* do processo civil, voltadas tão somente para que seja adimplida a obrigação de fazer, contida no título executivo judicial, conforme artigo 461, §4º, da lei processual civil.

Considerando a competência para conhecer, processar e julgar os fatos decorrentes da infração ao artigo 28, da Lei de Drogas, contida no artigo 48, §1º, do mesmo diploma legal, a doutrinadora justifica o processamento junto a um órgão jurisdicional criminal asseverando tratar-se de simples opção político-legislativa, não descaracterizando a natureza administrativa do Direito Judicial sancionador, exemplificando com a competência do juiz criminal para decidir sobre efeitos cíveis nas

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 357-358.

hipóteses previstas pela Lei Maria da Penha – nº 11.340/2006 (medidas protetivas de urgência, como afastamento do agressor e até determinação de alimentos provisórios).

Outro ponto salientado por Alice Bianchini, em uma interpretação sistemática e teleológica da lei nº 11.343/2006, é o caráter preventivo presente em todo o texto normativo em relação ao usuário, resguardando boa parte de seus dispositivos para a prevenção, atenção e reinserção social daquele, tendo toda a carga punitiva da lei se voltado contra a produção e o tráfico de drogas. Tem-se por prudente considerar a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o qual possui por finalidade precípua esses objetivos preventivos em relação ao consumo de substâncias ilícitas.

Por fim, traz a lume os princípios da lesividade, alteridade e transcendentalidade ao indicar que o uso de psicotrópicos afeta somente um bem jurídico individual e do próprio autor da conduta (saúde pessoal), não estando o Direito Penal legitimado a agir neste caso.

#### *4.3.1.2. Conseqüências jurídico-penais*

Adotada a natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas como infração ao Direito Judicial sancionador, a primeira conseqüência, mais óbvia e já mencionada, é a ocorrência da *aboltio criminis* em relação ao crime anteriormente previsto pelo artigo 16, da lei 6.368/1976, alcançando todas as condutas, processos e execuções de pena imposta em decorrência do mencionado tipo penal, extinguindo a punibilidade do agente por aplicação dos artigos 2º e 107, III, do Código Penal.

No concernente à reincidência, ao considerar a teoria de Alice Bianchini, é de observar que esse conceito deve ser tomado em sua forma genérica e popular, ou seja, a mera repetição da conduta ali prevista, caracterizando, em realidade, uma reincidência específica. Portanto, só será reincidente o usuário que, após trânsito em julgado de

sentença condenatória por infração ao artigo 28, infrinja novamente o Direito Judicial sancionador, neste ponto.

A tese ora levantada possui reflexos no tratamento da prescrição, porquanto, ao ser tidas as condutas fora do âmbito do processo penal, as regras aplicáveis são aquelas do Direito Civil, apenas impossibilitando a apreciação do fato por parte do Poder Judiciário. Destarte, no que concerne a este ponto, esta doutrina prejudica processualmente o sujeito ativo, uma vez não permitir a extinção da punibilidade após o início da ação, tampouco para imposição das medidas determinadas na decisão judicial.

Outra implicação desta corrente pode ser encontrada no que tange à desestigmatização do usuário de drogas como delinqüente, retirando-lhe a alcunha de criminoso para tão somente tratá-lo como necessitado de atenção médica e psicológica, evitando integrá-lo em um sistema penal o qual, muitas vezes, antes faz acentuar uma personalidade voltada para o crime do que integrar socialmente o indivíduo.

#### *4.3.1.3. Críticas*

Inobstante o mérito da corrente sob análise, diversas críticas podem ser apontadas no sentido da descriminalização substancial da conduta a começar do caráter principiológico apontado pela doutrinadora. Não se nega que as sanções cominadas possuem caráter educativo, uma vez ser ínsita a qualquer pena esta característica, conforme já estudado, todavia sua finalidade não se exaure apenas nesta. Ao contrário, estar-se-ia admitindo que medidas de mera instrução sejam cumpridas coativamente, conflitando com a voluntariedade inerente ao processo educativo.

Ademais, é falacioso o argumento de que uma interpretação a dar caráter penal às condutas relacionadas ao consumo de drogas ocasionaria mal-ferimento aos princípios da lesividade, alteridade e transcendentalidade. Repise-se que essas práticas atingem bem jurídico diverso da saúde individual do usuário, uma vez que, inexistindo este, o tráfico careceria de financiamento e colaboradores, levando consigo uma gama de outras

condutas nefandas dele decorrentes. Não se entende por necessário tecerem-se maiores comentários sobre este ponto, uma vez exaustivamente já debatido em capítulos anteriores.

Com relação à alegação de que a lei refere-se, em diversas passagens, a medidas, ao invés de penas, é de se observar que tal não pode se ter como fundamento da descriminalização da conduta. Da mesma forma que, em algumas ocasiões, o legislador optou por este termo, em outras, referiu-se a penas e crimes (artigos 27, 28, “caput” e seu §3º), inclusive sendo o título do capítulo em que se insere o dispositivo em apreço. Ora, é bastante discricionária e parcial a escolha por parte da doutrinadora em julgar correto ou equivocado o termo utilizado pelo legislador reformador, carecendo sua afirmação de maior cientificidade.

Impossível, ainda, a compreensão da retirada do tratamento na esfera penal das condutas associadas ao uso de psicotrópicos, tendo em vista todo o processamento ser feito perante órgão jurisdicional e seguido o rito sumaríssimo do processo penal, através da lei nº 9.099/1995. Não há justificativa plausível para asseverar que uma infração meramente administrativa ao Direito Judicial sancionador tenha o tratamento de uma infração penal, sem assim o ser, conferindo ao processado direito a ampla defesa e contraditório, típicos da ação penal.

Busca Alice Bianchini igualar a fixação de competência da lei 11.343/2006 com as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha. Aqui, necessário dizer que andou certa na equiparação, contudo equivocou-se na conclusão, tendo em vista ambas possuírem caráter penal.

As medidas susomencionadas são determinadas pelo magistrado em razão de crime de violência doméstica, guardando relação de acessoriedade a este, trazendo a competência para o âmbito penal. As medidas protetivas de urgência são de natureza cautelar, a fim de assegurar a finalidade do processo penal principal, bem como assegurar a sanidade da vítima. Desta forma, não podem ser determinadas pelo juiz criminal sem que haja delito cometido pelo requerido, bem como, não havendo ação penal posterior, desistência da vítima, decadência do direito de queixa ou de representação, as medidas perdem seus efeitos automaticamente.

Do ponto de vista constitucional a discussão resta superada. O artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, é expresso, conforme já analisado, no sentido de possibilitar outras penas que não as privativas de liberdade e aquelas elencadas de forma exemplificativa em suas alíneas. Faz-se por bem salientar que uma das sanções previstas no artigo 28, da Lei de Drogas (prestação de serviços à sociedade), também se encontra relacionado no dispositivo constitucional, não havendo razão de não caracterizá-las como penas.

Diante do exposto, encontra-se inaceitável a tese de que as condutas associadas ao consumo de drogas foram descriminalizadas substancialmente, passando a simples ilícito administrativo, devendo ser estudadas no âmbito do direito penal, conforme as correntes a seguir.

#### 4.3.2. Natureza jurídica de crime

Em total oposição à doutrina trazida por Alice Bianchini, o Supremo Tribunal Federal, no RE 430105 QO/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13.02.2007, decidiu pela despenalização das condutas associadas ao consumo de drogas, mantendo-se sua natureza de crime substancialmente, conforme explicitado no Informativo 456-STF.

Davi André Costa e Silva<sup>33</sup> tomou posicionamento semelhante. Para o professor gaúcho, a lei nº 11.343/2006 operou uma despenalização mista dessas práticas, tendo em vista ter previsto medidas despenalizadoras típicas, nos casos dos incisos I e III, do artigo 28, afastando a incidência de penas e aplicando medida educativa; e atípica ou imprópria, tendo em vista o inciso II dispor pena de prestação de serviços à comunidade, prevista na Constituição Federal, evitando, no entanto, a carcerização do usuário.

Assim Luis Flávio Gomes conceitua despenalização como sinônimo de descarcerização:

---

<sup>33</sup> 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, ano 10, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

Despenalizar é outra coisa: 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).<sup>34</sup>

#### 4.3.2.1. Fundamentos

O então Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, elencou diversos argumentos no sentido da manutenção do tipo do artigo 28, da Lei de Drogas, na esfera penal e sob a natureza de crime, havendo tão somente despenalização das condutas, ou seja, uma suavização na resposta do Direito Penal à infração ao dispositivo em questão.

Inicia sua exposição asseverando que a norma em análise se encontra sob o título “*Dos crimes e das penas*”, já denotando a clara intenção do legislador de inserir as condutas associadas ao consumo de drogas nesta espécie de infração penal, não se podendo admitir as críticas no sentido da atecnia do elaborador da norma, uma vez não se poder ter por regra a exceção.

Ressalta também a regulação de reincidência (art. 28, §4º), a qual tem o condão de duplicar o tempo de imposição da medida educativa, e prescrição (art. 30), com prazo de dois anos, institutos próprios do Direito Penal, aduzindo que apenas os crimes e contravenções sofrem seus efeitos.

Por outro lado, aponta o já comentado artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, o qual traz rol exemplificativo das sanções penais, não limitando o legislador às penas privativas de liberdade ou multa, conforme o artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal, autorizando o legislador ordinário reformador a cominar outras penas que não aquelas.

---

<sup>34</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas**: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 31 out. 2006. Acesso em: 12 mai. 2009.

O eminente jurista realiza, ainda, uma breve análise sobre a repercussão da não adoção desta teoria no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente. O artigo 103, da lei nº 8.069/1990, dispõe que: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, desta maneira, afastando a ocorrência de crime, o menor também não incorreria em ato infracional, chegando-se ao ponto de se afirmar uma licitude da conduta do inimputável em relação às práticas associadas ao consumo de drogas.

Considerando o caráter punitivo da pena, o insigne julgador menciona a possibilidade de aplicação de medidas garantidoras da execução das sanções, ou seja, as astreintes, reforçando a qualidade coativa da pena e não meramente educativa.

O professor Davi A. Costa e Silva reforça este entendimento ao lembrar o artigo 48, §4º, da lei em tela, o qual proíbe a prisão em flagrante delito do usuário, devendo ser levado à autoridade policial para prestar compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal, lavrando Termo Circunstanciado de Ocorrência, caso não haja juiz de plantão. Ora, aduz aludido jurista, se o fato não constituísse crime, o consumidor de drogas deveria ser levado perante autoridade sanitária, e não policial, bem como não seria lavrado TCO, típico de crimes de menor potencial ofensivo.

Finalmente, afastando a possibilidade de ser mera infração administrativa, tece argumentos semelhantes aos expostos quando da crítica da primeira teoria afirmando possuir procedimento próprio dos crimes de menor potencial ofensivo, sob a égide da Lei nº 9.099/1995.

#### *4.3.2.2. Conseqüências jurídico-penais*

A conseqüência primordial de cada uma das teorias é a ocorrência ou não de *abolitio criminis*. De acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, havendo somente a despenalização das condutas, o fato típico permanece crime, e, assim, não se lhe aplica a regra do artigo 107, III, do Código Penal.

Não obstante a não extinção da punibilidade por meio da *abolitio criminis*, importante registrar que houve *novatio legis in melius*, nos termos do artigo 2º, § único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”.

Destarte, por possuir tratamento mais benéfico do que a lei anterior, o novo diploma deve retroagir alcançando as condutas praticadas antes de sua vigência, diminuindo o prazo prescricional para dois anos, ampliando o alcance da norma com a tipificação das condutas de “*ter em depósito*” e “*transportar*”, antes não relacionadas ao consumo, bem como na alteração das penas já aplicadas, mesmo com a execução em curso, pelas novas sanções.

Importante registrar que, ao adotar a presente teoria, a reincidência alocada no artigo 28, §4, do diploma em questão, deverá ser analisada à luz do artigo 63, do Código Penal: “*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

Portanto, a reincidência operar-se-á quando houver condenação por outro delito antes da prática de conduta associada ao consumo, devendo-se ressaltar que a condenação por este crime gerará reincidência para os demais crimes da legislação brasileira, não se podendo entender como reincidência específica, uma vez esta dever ser expressa. Desta forma posiciona-se o professor Samuel Arruda:

De fato, quando o legislador estipula hipóteses especiais de reincidência específica ele o faz de forma expressa, a exemplo do dispositivo inserto no artigo 83, V, do CP. Além disso, para fugir ao conceito genérica, seria necessário que o legislador reformador houvesse apresentando uma definição própria e específica de reincidência, para o só fim desse dispositivo, o que não foi feito na nova lei.<sup>35</sup>

Aponta-se como consequência negativa da corrente a manutenção da visão do usuário como tóxico-delinquente, uma vez continuar considerando sua conduta como criminosa, o que não se coaduna com a finalidade da nova norma, de prevenção, atenção

---

<sup>35</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *Op. cit.*, p. 33.

e reinserção do consumidor de drogas ilícitas ao convívio social, evitando que acabe por se integrar ao mundo do crime.

#### *4.3.2.3. Críticas*

Com a devida permissão, a posição do Supremo Tribunal Federal merece reparos, não podendo ser aceita a natureza de crime para as condutas associadas ao consumo de drogas, conforme se exporá em seguida. Necessário afirmar que o termo “despenalização” não goza de rigorismo técnico, tendo em vista o tipo ainda prever pena à sua infração, sendo mais acurado o uso de “descarcerização”.

O primeiro argumento trazido pelo ex-ministro, muito embora se tenha com razão, não pode ser considerado como determinante para a caracterização da questão em discussão. Bem verdade que é defeso ao intérprete da norma querer erigir como regra geral um equívoco do legislador, o que ocorre de forma excepcional. No entanto é sabido que o elaborador da lei nem sempre atua com a cientificidade e técnica necessárias.

Repise-se que o Estatuto do Torcedor indica como crime infrações penais punidas com multa, sendo, de fato, contravenções. Da mesma forma, a lei nº 1.079/1950 também intitula de crime de responsabilidade os tipos ali elencados, no entanto sequer são julgados perante órgão jurisdicional, configurando, na verdade, meras infrações político-administrativas.

Conclui-se, portanto, que a alusão feita pelo legislador não pode ser tomada de forma a funcionar de critério para a classificação da infração penal, posto que, conforme já visto, este se foca no tipo de pena cominada.

Com relação à prescrição, faz-se por bem ressaltar que esta não é própria apenas de crimes e contravenções. A quase totalidade dos atos ilícitos possui prazo prescricional, sejam ilícitos civis (artigos 205 e 206, do Código Civil), tributários (artigo 174, Código Tributário Nacional), infrações administrativas e atos infracionais cometidos por menores

(Súmula n° 338, do Superior Tribunal de Justiça), não podendo ser critério definidor de infração penal, sequer de crime.

Tomando à luz o argumento relativo à conseqüência da não adoção da tese no concernente ao Direito da Criança e do Adolescente, uma análise mais detida deverá ser feita. Inicialmente, ressalte-se que tal fundamento possui caráter muito mais político que jurídico, o que escapa à discussão em tela. Por segundo, conforme apontado pelo professor Luis Flávio Gomes<sup>36</sup>, mesmo não sendo considerado ato infracional, o menor poderá sofrer medidas específicas de proteção, previstas nos artigos 99 e seguintes, da lei n° 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em razão de sua conduta, conforme artigo 98, III, do diploma legislativo supramencionado.

Válido registrar que, dentre as medidas cabíveis para o menor, encontra-se aquela do artigo 101, V e VI, prevendo tratamento médico e psicológico, bem como encaminhamento a programa de tratamento a toxicômanos, aproximando-se da finalidade da Lei de Drogas.

Considerando os outros argumentos, vê-se que estes não possuem o condão de caracterizar as condutas como crime, mas tão somente retirá-las do campo administrativo ou civil e inseri-las no âmbito penal, conforme já feito por ocasião das críticas lançadas à primeira teoria.

A despeito do brilhantismo dos juristas defensores desta corrente, não se pode adotar a natureza jurídica das condutas relacionadas ao consumo de drogas como de crime. O artigo 1°, da Lei de Introdução ao Código Penal, define crime através das penas a ele cominadas, sendo certo que nenhuma delas encontra-se no preceito secundário do artigo 28, da Lei n° 11.343/2006.

É lícito afirmar que realmente não se pode tê-lo como único dispositivo orientador da classificação das infrações penais, até mesmo porque a Constituição Federal trouxe outras penas que ali não elencadas, contudo se deve ter em vista que, embora afastada a incidência da norma introdutória, é inconcebível a criação de novo

---

<sup>36</sup> GOMES, Luis Flávio. **Para o STF, o usuário de droga é um tóxico-delinqüente**. Disponível em: <[www.jus2.uol.com.br](http://www.jus2.uol.com.br)> Abril de 2007. Acesso em 12 mai. 2009.

critério ao alvedrio do intérprete sem que haja qualquer fundamentação jurídica, sustentando-se somente numa definição legal, por vezes falha.

Ao fim, a distinção entre as espécies de infração penal é decorrente da maior ou menor gravidade desta, expressa através da pena cominada. Assim, é insustentável a tese de que um tipo que comporta sanções mais brandas que a figura menos grave do gênero, a contravenção, seja considerado crime, subvertendo a essência da diferenciação e banalizando o conceito desta espécie delituosa.

#### 4.3.3. Outras correntes doutrinárias

Fora as correntes mencionadas e a que se seguirá, existem outros dois entendimentos mais isoladas os quais não encontram ressonância significativa no restante da doutrina e jurisprudência.

O primeiro se refere à possibilidade de se considerar o artigo 28 da Lei de Drogas como contravenção penal, tendo em vista a previsão de aplicação de multa ao usuário. Ora, esta não pode subsistir uma vez que a multa é tão somente medida assecuratória do cumprimento da sanção principal, assemelhando-se às astreintes do processo civil, não tendo a imposição da multa o condão de retirar a exigibilidade da prestação contida na decisão condenatória. Se assim fosse, dir-se-ia que a prisão civil é a pena decorrente do inadimplemento da obrigação alimentar, quando na verdade se trata de uma forma de constrição ao seu pagamento.

O segundo entendimento, de ideação de Guilherme de Sousa Nucci, conclui que “o delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo.”<sup>37</sup>, partindo da premissa de que o bem jurídico atingido é por demais tênue, estando no limite do princípio da fragmentariedade. Não pode prosperar também a tese do eminente jurista, uma vez não pertencer a infração de ínfimo potencial ofensivo ao Direito Penal, estando albergada pelo princípio da insignificância.

---

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 305.

Se a infração é de ínfimo potencial ofensivo não pode ser tutelada pela lei penal, a qual só pode ser aplicada como *ultima ratio* para prevenir e reprimir lesões a bens jurídicos relevantes, assim a saúde pública e a paz social, uma vez ser o consumo de drogas deveras pernicioso à sociedade, conforme já analisado em momentos anteriores.

#### 4.3.4. Natureza jurídica de infração penal *sui generis*

Como um meio-termo às correntes acima explicitadas, foi idealizada por Luiz Flávio Gomes a doutrina de definir as condutas associadas ao consumo de drogas, indicadas no dispositivo discutido, como uma infração penal *sui generis*.

Como visto, mencionado autor, inicialmente, posicionara-se no sentido da descriminalização substancial, contudo, após as diversas críticas, reformou seu entendimento, considerando ter ocorrido descriminalização formal das condutas relacionadas ao uso de psicotrópicos.

Deve-se, portanto, distinguir as duas modalidades de descriminalização mencionadas acima. A primeira (substancial) consiste na total desconsideração do fato em tese como crime, evitando-lhe a incidência da norma penal, passando a ser mera infração administrativa ou legalizando-o completamente. Já a descriminalização formal diz respeito à exclusão da conduta como crime, no entanto permanecendo sob a tutela penal. O fato continua típico, ilícito e culpável, porém não é mais considerado crime.

Desta forma, segundo a teoria lançada por Luiz Flávio Gomes, existem três espécies de infrações penais: as duas descritas pela Lei de Introdução ao Código Penal, crime e contravenção; e esta terceira espécie *sui generis*, rompendo com a clássica distinção dicotômica prevista na Lei de Introdução ao Código Penal.

#### 4.3.4.1. Fundamentos

Funda-se esta corrente precipuamente na concepção já propalada de que o artigo 28 da Lei de Drogas pertence ao Direito Penal, não se coadunando com a legislação qualquer orientação diversa, tendo em vista os procedimentos adotados, a natureza das sanções cominadas, o tratamento dispensado ao usuário de psicotrópicos, entre outros argumentos mencionados.

Inicia-se a construção da teoria sob análise a partir do artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal conceituando crime e contravenção penal através da espécie de pena cominada. Assim, não dispondo no preceito secundário da norma em comento sanções de reclusão, detenção, prisão simples, nem multa, sendo esta apenas uma medida assecuratória do cumprimento das medidas determinadas em sentença, as condutas ali tipificadas não possuem correlação nas espécies de infração penal elencadas na regra geral, havendo necessidade de criação de novo conceito.

De acordo com o já exaustivamente repisado, a Constituição Federal prevê, além das penas privativas de liberdade e as restritivas de direito do Código Penal, outras não especificadas, deixando ao crivo do legislador a cominação de penas conforme as exigências legais, respeitados os princípios constitucionais.

Aduz, destarte, ser impossível ao intérprete restringir-se tão somente às espécies penais dispostas em um diploma legal datado de 1941 com seus critérios distintivos, sendo imperiosa uma análise mais condizente com a atual hermenêutica constitucional.

Portanto, conclui o autor, sendo infração penal e não estando adequada aos conceitos de crime e de contravenção oferecidos pela Lei de Introdução ao Código Penal, o artigo 28 da Lei de Drogas só pode constituir infração penal *sui generis*, guardando perfeita consonância com o espírito da lei em comento, tendo em vista retirar a pecha de criminoso ao usuário, o que causaria péssimas conseqüências à ressocialização e tratamento do indivíduo.

#### 4.3.4.2. Conseqüências jurídico-penais

Finalizando sua tese, Luis Flávio Gomes assevera que, embora tenha retirado o caráter criminoso do fato, não teria ocorrido *abolitio criminis*, porquanto foi mantido ainda no campo da ilicitude penal, havendo apenas a descriminalização formal das condutas típicas.

Mencione-se, também, que o artigo 28, da lei nº 11.343/2006, não poderia gerar reincidência para outros crimes ou contravenções, tampouco sofrer a reincidência por delito anterior, já que tanto o Código Penal, quanto a Lei de Contravenções Penais, são expressos ao afirmar que só ocorre referido fenômeno entre infrações penais da mesma espécie. Desta forma, a majoração do prazo de aplicação das medidas da Lei de Drogas só seria aplicável quando ocorresse a condenação anterior por uma infração penal *sui generis*, categoria que só tem por representante o dispositivo sob comento.

O jurista aponta como característica positiva desta interpretação a mudança de tratamento do usuário, que deixa de ser considerado tóxico-delinqüente, aproximando-se mais de uma política de redução de danos. Neste ponto, manifesta-se no sentido de que a exclusão das condutas do consumidor de drogas do campo da criminalidade possui reflexos na sua reinserção social, sendo o principal objetivo da nova legislação.

#### 4.3.4.3. Críticas

Muito embora parta de premissas inteiramente válidas, a teoria ainda merece reparos, mormente no que tange à ocorrência de *abolitio criminis*. Ora, o artigo 107, III, do Código Penal, é expresso ao afirmar que ocorre a extinção da punibilidade “*pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso*”.

O próprio jurista ressalta como louvável a posição do legislador em não considerar mais as condutas como criminosas, contudo não considera a literalidade da lei, sendo certo que não se pode haver interpretação extensiva *in malam partem* para albergar uma infração penal *sui generis*.

Outra crítica pode ser feita no concernente à idéia de que a mudança de uma natureza jurídica de crime para outra de infração penal *sui generis* traz conseqüências positivas para a reinserção do usuário na sociedade. A verdade é que a alteração se dá apenas no campo jurídico, não tomando contornos populares, assim pouco importa que se dê um ou outro conceito às condutas relacionadas ao consumo de drogas, sendo essencial a mudança dos procedimentos e sanções para realizar tal objetivo, como já foi feito.

## CONCLUSÃO

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, avançou significativamente no sentido de dispensar uma atenção maior ao usuário e seu tratamento terapêutico, seguindo os princípios constitucionais da proporcionalidade, individualização e humanização da pena, trilhando o caminho da política europeia de redução de danos.

A novel legislação baseou-se no sopesamento de duas idéias, precipuamente: a diminuição da autodeterminação do farmacodependente em face de seu vício, gerando uma lesão maior a um bem jurídico próprio; e a perniciosidade do uso de drogas tanto em relação ao próprio usuário quanto à sociedade, sendo o consumo de psicotrópicos fundamental para o crescimento e manutenção do tráfico e de outras condutas a ele associadas, além das práticas nefandas e imorais realizadas para a manutenção do vício.

Apesar dos inúmeros benefícios trazidos pela nova lei, há que se fazer uma crítica assaz pertinente. Não cuidou o diploma vigente de diferenciar entre o toxicômano e o usuário eventual, que o faz por mera diversão. Enquanto aquele possui quadro patológico, realmente necessitando dos benefícios e atenção da lei, o segundo possui condição diversa, devendo sua conduta ser prevenida e reprimida pelo Poder Público, tendo em vista ser de onde se originam os vícios e as decorrentes condutas nefastas ao convívio social. Não se pode aceitar o consumo de drogas com intenção simplesmente recreativa, alastrando referido malefício mais profundamente no seio da sociedade.

Em seu artigo 28, a Lei de Drogas inovou no sistema de penas já consagrado na legislação brasileira, baseado primariamente na aplicação de sanções restritivas de liberdade, predominância esta já mitigada anteriormente pela lei nº 9.099/1995 com os institutos da transação penal e suspensão processual. Referida inovação trouxe à baila intensa discussão sobre a natureza jurídica das condutas associadas ao consumo de drogas, uma vez ter rompido com a classificação dicotômica adotada no Brasil e na maioria dos outros países ocidentais.

As três principais teorias acerca do tema giram em torno da ocorrência de descriminalização substancial, consistindo na retirada dos núcleos típicos elencados no

referido dispositivo da tutela do Direito Penal; despenalização ou descarcerização, tendo por conceito o tão só afastamento da incidência de penas privativas de liberdade, contudo permanecendo como crime; e descriminalização formal, sendo a manutenção do tratamento sob as regras penais, no entanto deixando de ser crime para passar a infração penal *sui generis*.

Tendo em vista as várias críticas formuladas, é de ser ver que a tese que comporta a natureza jurídica como sendo infração administrativa ao Direito Judicial sancionador não pode prosperar, estando, de fato, no âmbito do Direito Penal, em razão dos procedimentos adotados, e aplicação de penas previstas tanto explícita, quanto implicitamente na Constituição Federal.

Por critério de exclusão, é imperioso salientar que as condutas abordadas pelo artigo em tela não se amoldam aos conceitos de crime, contravenção ou infração penal de ínfimo potencial ofensivo, subsistindo, apenas a tese apresentada por Luis Flávio Gomes ao analisá-lo sob o prisma de infração penal *sui generis*, não tendo as críticas formuladas a força de desconstituir seus argumentos, mas meramente modificar os efeitos desta corrente nos institutos penais, para melhor adequá-la à legislação pátria.

A bem da verdade, o critério largamente utilizado para a distinção entre as infrações penais é datado de 1941, relacionando-se com uma codificação reformada em 1984, assim, anterior à Constituição Federal. Considerando as intensas modificações sociais das últimas décadas, não se pode aceitar que textos normativos pré-constitucionais elejam uma classificação hermética e ultrapassada, baseando-se em critérios sem qualquer conformação com o atual momento jurídico do país, sob pena de estar-se criando uma inconstitucionalidade parcial por omissão.

É que, havendo previsão constitucional da possibilidade de cominação de outras penas diversas das restritivas de liberdade ou de multa, qualquer restrição infraconstitucional ao legislador neste ponto afronta diretamente a Carta Maior, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico, ou pelo menos complementada.

A melhor saída para o impasse seria a reforma do sistema vigente, abolindo a classificação dicotômica das infrações penais, passando-se a uma adoção de critérios mais flexíveis, a exemplo da legislação soviética, o que serviria a unificar o fragmentado

ordenamento jurídico pátrio em matéria penal, reparando a insegurança jurídica trazida pelo tratamento diferenciado dado por cada nova lei a um determinado fato típico ocasionado por uma distinção de infrações penais infrutífera e sem qualquer aplicação prática, uma vez não possuir qualquer questionamento de natureza ontológica, variando de acordo com o humor dos legisladores, os quais em dado momento conceituam determinada conduta crime, em seguida contravenção, ou ainda espécie completamente estranha ao regramento vigente.

Não se propõe aqui a adoção de um sistema autocrático, repressor, mas apenas o aproveitamento de seus pontos positivos. A flexibilização dos critérios distintivos permitiria uma maior liberdade ao legislador ordinário, impedindo a proliferação de novos conceitos de infração penal a cada inovação trazida por uma legislação posterior.

Enquanto não houver alteração do conjunto normativo vigente, deve-se concluir acerca da natureza jurídica do artigo 28, da lei nº 11.343/2006, junto a Luis Flávio Gomes, conceituando-a como infração penal *sui generis* ou ainda inominada, uma vez pertencer ao campo penal, e não possuir conformação com as espécies tipificadas na Lei de Introdução ao Código Penal, fazendo apenas o reparo em relação à ocorrência de *abolitio criminis*, tendo em vista o fato ter deixado de ser considerado crime. Finalizando, além da natureza jurídica acima indicada, importante ressaltar que a figura típica também pode ser considerada como infração de menor potencial ofensivo, por sujeitar-se ao regramento da lei nº 9.099/1995.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais:** (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007.

ASSOCIAÇÃO DE PSQUIATRIA AMERICANA. **Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders (Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais)**, 4 ed... Washington, D.C., 1994.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CUBA. **Ley nº. 62/87 - Código Penal (actualizado).** Disponível em: <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_24.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_24.pdf)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais.** Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

ESPAÑA. **Código Penal de España.** Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

FRANÇA. **Code Pénal Français de 1er Mars 1994.** Disponível em: <<http://admi.net/code/index-CPENALLL.html>>. Acesso em: 24 mai. 2009.

GARBOGGINI, Humberto de Oliveira. **Dicionário de Clínica Médica.** São Paulo: Formar, 1978, v. 2.

GOMES, Luis Flávio. **Para o STF, o usuário de droga é um tóxico-delinquente.** Disponível em: <[www.jus2.uol.com.br](http://www.jus2.uol.com.br)> Abril de 2007. Acesso em 12 mai. 2009.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06.** Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> 12 mar. 2007. Acesso em 12 mai. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas:** descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 31 out. 2006. Acesso em: 12 mai. 2009.

GOODMAN E GILMAN. **As Bases Farmacológicas da Terapêutica.** 4 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1973.

JESUS. Damásio E. de. **Direito Penal:** parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão.** 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal,** 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

PIRES, Leonardo Gurgel Carlos. **Análise Jurídica da Lei 11343 de 23 de Agosto de 2006 - A Lei Atual de Repressão ao Tráfico Ilícito de Drogas.** Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/artigos>>. Acesso em: 25 mai. 2009.

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, ano 10, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

STEDMAN. **Dicionário Médico.** 23 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979, v. 1.

URUGUAI. **Código penal de la República oriental del Uruguay.** Disponível em: <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080626\\_18.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_18.pdf)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

VIERA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos.** Rio de Janeiro: Forense. 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAUPA, Fernando Martins. **O art. 28 da Lei nº 11.343/06 (posse de droga para consumo pessoal) e suas repercussões no mundo jurídico e fático – uma visão não garantista.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>> 31 nov. 2006. Acesso em: 27 mai. 2009.

ZDRAVOMÍSLOV et. al. **Derecho Penal Sovietico.** Traducción de Nina de la Mora e Jorge Guerreiro. Bogotá: Editorial Temis, 1970. Disponível em: **Droga: Porte: Infração administrativa** <<http://www.revistajuridica.com.br/content/noticias.asp?id=32370>>. Acesso em: 23 mai. 2009.