



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

RITA DE CÁSSIA VIEIRA BARBOSA

**ASPECTOS PONTUAIS DA NOVA LEI DE DROGAS
(LEI 11.343/2006)**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.5555

B228a

S409

T586

Rita de Cássia Vieira Barbosa

ASPECTOS PONTUAIS DA NOVA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006)

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientadora: Prof. Ms. Antônio Cerqueira

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados – *CESA*

Coordenação do Programa de Pós-Graduação – *Lato Sensu*

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

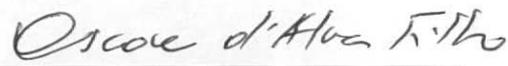
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Rita de Cássia Vieira Barbosa
Monografia: Aspectos Pontuais da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 45/2007
Data de Defesa: 22/06/2007

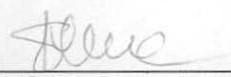
Fortaleza (Ce), 22 de junho de 2007



Antônio Cerqueira
Orientador/Presidente/Mestre



Oscar d'Alva e Souza Filho
Membro/ Livre Docente



Sílvia Lúcia Correia Lima
Membro/ Mestre

RESUMO

O presente trabalho monográfico que ora se apresenta tem por escopo realizar uma rica discussão sobre o texto da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Para tanto, realizamos uma ampla pesquisa imbuída no histórico das legislações internacionais e nacionais se estendendo até a contemporaneidade. Outrossim, não poderíamos excluir do rol de nossas apreciações os acalorados debates entre doutrina e jurisprudência sobre a questão da descriminalização x despenalização da posse de drogas para uso pessoal. Ademais, abordaremos a adoção da política – criminal de reparação de danos, que diferenciou o tratamento aos usuários e dependentes, instituindo atividades de atenção, prevenção e inserção social, preferindo considerá-los como um problema de saúde pública. Além mais, discorreremos sobre as principais polêmicas inerentes ao novo diploma legal.

Palavras – chave: drogas, descriminalização, despenalização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 HISTÓRICO DOS PRINCIPAIS DEBATES E LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DROGAS.....	09
2.1 Histórico da Legislação Sobre Drogas No Brasil.....	11
2.2 O Ostensivo Combate Brasileiro ao Consumo, Produção e Tráfico Ilícito de Drogas.....	14
2.3 Os graves problemas sociais advindos do tráfico ilícito de drogas.....	15
3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA <i>NOVATIO LEGIS</i>.....	17
3.1 O SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas) e sua importância para a política brasileira de combate as drogas.....	17
3.2 Definição de droga – norma penal em branco.....	19
3.3 Principais diretrizes das atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas.....	20
3.4 Ausência de previsão de pena de prisão para usuários de drogas e implicações jurídicas advindas de tal medida.....	21
3.4.1 Houve descriminalização, legalização ou despenalização da posse para consumo pessoal?.....	22
3.5 Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.....	25
3.5.1 Comentários primordiais ao art. 33 da Lei 11.343/2006.....	26
4. A NOVA LEI DE DROGAS E OS BENS DO ACUSADO.....	33
4.1 A disciplina legal da apreensão, arrecadação e destinação dos bens do acusado.....	33
4.2 Os objetivos da Lei 11.343/2006 no tocante à apreensão e medidas acautelatórias.....	36

4.3 Princípios relacionados com a apreensão de bens do acusado pelo Estado.....	36
4.4 Diplomas nacionais anteriores à Lei 11.343/2006.....	37
4.5 Diplomas Internacionais anteriores à Lei 11.343/2006.....	37
4.6 Noções Fundamentais acerca da apreensão e perda de bens do acusado relacionados com o narcotráfico.....	37
4.7 Principais mudanças.....	38
4.7.1 Bens móveis e imóveis.....	39
4.7.2 Valores:.....	39
4.7.3 Quem pode usar?.....	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno tem conseguido congregiar em seu rol de “liberdades públicas” princípios que, ao longo dos anos, evoluíram de maneira valiosa. Tornam-se freqüentes nas Constituições, Leis e Pactos Internacionais, a adoção de política públicas que visam proteger o cidadão contra as investidas da máquina estatal ou autoridade pública que atue de maneira irregular ou arbitrária.

A crise do Direito Penal resulta da grande quantidade de bens a tutelar, que declina no desrespeito as normas, bem como no seu total descrédito. Na sociedade brasileira é nítida a veneração pela penalização generalizada, o que acaba por causar o encarceramento desnecessário de um grande número de pessoas.

A política criminal brasileira optou, com a edição da nova Lei de Drogas, sancionada pelo Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva no dia 23 de agosto de 2006, pelo sistema minimalista, ou seja, escolheu pela mínima intervenção do Direito Penal, quando não previu pena de prisão para o delito de posse de drogas para uso pessoal.

O presente trabalho monográfico trará em seu bojo um profundo estudo sobre drogas no Brasil, apresentando a evolução das legislações pátrias e internacionais que conduziram a edição das normas vigentes.

Serão retratadas, ainda, as principais polêmicas trazidas à baila pela Lei nº 11.343/06, que são motivos de grandes embates entre a doutrina e a jurisprudência pátria, fazendo-se mister ampliar o debate sobre as mudanças

realizadas, principalmente no tocante ao contexto dos artigos 28, 33, 60, entre outros, responsáveis pelas significativas inovações presentes na nova legislação brasileira de drogas.

2 HISTÓRICO DOS PRINCIPAIS DEBATES E LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DROGAS

Na década de 1960, surgiram acalorados debates acerca do tema drogas. Tal assunto já era considerado de demasiada importância à época. Podemos destacar a formação do Comitê Acessório de Dependência Química do Reino Unido, em Novembro de 1968, que lançou o *Relatório Wootton*, onde foi recomendado que o porte de maconha não deveria mais configurar uma infração criminal. Em Outubro de 1969, a antropóloga Margaret Mead expôs no Congresso Americano:

É minha opinião que a maconha não é nociva, a menos que seja usada em quantidades enormes e excessivas. Eu acho que nós estamos fazendo mal ao país, fazendo mal à nossa situação legal, fazendo mal à confiança entre as pessoas mais velhas e os mais jovens pela sua proibição e isto é muito mais sério do que qualquer mal que poderia ser feito a alguns usuários abusivos.

Na década de 1970, salientamos a edição pelo Congresso Americano da *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* (Lei Abrangente de Controle e Prevenção ao Abuso de Drogas), em 27 de Outubro de 1970. Esta Lei permitiu que a polícia realizasse buscas inadvertidas e incluiu a *Controlled Substances Act* (Lei de Substâncias Controladas) que regulou as drogas de acordo com o valor medicinal e potencial de dependência.

Na década de 1980, o então Presidente dos EUA, Reagan, assinou a *The Anti-Drug Abuse Act of 1986* (Lei Antiabuso de Drogas de 1986), que significou um enorme projeto geral que colocou a disposição \$ 1,7 bilhão de dólares para combater a crise das drogas. A ação mais conseqüente deste projeto foi à criação de penas mínimas obrigatórias para os delitos de drogas.

Na década de 1990, o Presidente Bill Clinton assinou a legislação aprovada pelo Congresso Americano que recusou a ação da Comissão de

Condenação dos EUA para reduzir as penas das infrações por crack propondo igualá-las a cocaína em pó.

Em outubro de 2001, o Guardian (UK) informa que a maioria dos britânicos (França) considera que a *cannabis* deveria ser legalizada e vendida sob autorização de maneira similar ao álcool. 91% dos entrevistados afirmaram que a droga deveria estar disponível sob prescrição para os acometidos de doenças, por exemplo: esclerose múltipla.

Em outubro de 2002, o jornal New York Post divulgou uma pesquisa realizada pelo Time/CNN onde foi revelado que 72% dos estadunidenses consideravam que pessoas presas com pequenas quantidades de maconha não deveriam cumprir pena na cadeia, enquanto apenas 19% eram a favor do contrário. A pesquisa também ofertou boas notícias a ativistas e legisladores que pediam a legalização da maconha medicinal: 80% dos entrevistados disseram que eram favoráveis as distribuições de maconha para fins medicinais.

Em outubro de 2004, Raymond Kendall, diretor da agência internacional de repressão legal, INTERPOL, de 1985 a 2000, em carta aberta ao jornal parisiense Le Monde, declarou considerar a proibição das drogas como "obsoleta e perigosa". Ele afirmou que a proibição fracassou em proteger o mundo das drogas e que a Europa deveria tomar a dianteira na reforma das leis sobre a temática, particularmente na Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas Sobre as Drogas que acontecerá em Viena, em 2008.

2.1 Histórico da Legislação sobre Drogas no Brasil

A banalização do uso indevido de drogas é uma realidade social que há muito tempo chama a atenção das autoridades brasileiras. É uma questão de ordem nacional que ganhou *status* de objeto de mobilização de organizações governamentais e não governamentais.

Essas organizações têm papel fundamental na recuperação dos indivíduos que resolvem seguir pelos caminhos das drogas. No Ceará, merece ênfase o Grupo Desafio Jovem que luta pela perspectiva não só de reabilitar jovens viciados, mas também de realizar um acompanhamento especial junto às respectivas famílias.

Diversos são os efeitos malignos advindos do uso de drogas, dentre os quais é possível salientar: afetação da estabilidade das estruturas; ameaça de valores políticos, econômicos, humanos e culturais dos Estados; aumento dos índices de acidentes de trabalho, de trânsito; violência urbana; mortes prematuras; consideráveis prejuízos com altos gastos em tratamentos médicos e internações hospitalares; entre outros.

O vício das drogas não escolhe vítima. Diferentes grupos étnicos, de classes sociais e idades variadas, com ou sem instrução, com ou sem qualificação profissional, são atingidos por esse mal, inclusive bebês recém-nascidos herdando doenças e/ou dependência química de suas mães toxicômanas.

O Governo Federal Brasileiro reconhece que a solução desses problemas exige ações conjuntas e compartilhamento de responsabilidades e esforços com os Estados federados, Municípios, Distrito Federal e sociedade civil como um todo. Todos devem participar das diretrizes e estratégias nacionais definidas para melhorar a qualidade de vida, reduzir riscos e danos associados ao uso de drogas.

Em 21 de outubro do ano de 1976 passou a vigor, no Brasil, a Lei nº 6.368. Tal diploma legal dispôs sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica ao indivíduo. Destarte, diante das significativas mudanças sociais ocorridas ao longo de 26 anos, ocorre uma alteração legislativa com a edição da Lei 10.409/2002, que após 11 anos tramitando no Congresso Nacional, entrou em vigor na data de 11 de janeiro de 2002, com o fito de atualizar a legislação que tratava sobre o tema drogas.

Inúmeras foram às polêmicas formadas em torno da Lei nº 10.409/02. Até mesmo o artigo que revogava integralmente a Lei nº 6.368/76 foi vetado, o que resultou na vigência de duas leis tratando sobre drogas, e acabou por gerar complexos embates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

No ano de 1998, o Conselho Federal de Entorpecentes foi transformado no CONAD – Conselho Nacional Antidrogas e foi criada a Secretaria Nacional Antidrogas, diretamente subordinada a estrutura da Presidência da República, com a missão de exercer o papel de órgão executivo daquele Conselho e de coordenar as ações de redução da demanda.

Em 2001, foi sancionada a Política Nacional Antidrogas, fruto de formidável mutirão que envolveu órgãos do governo, mas, basicamente, fundamentou-se na participação efetiva da comunidade científica brasileira e sociedade em geral.

Em junho de 2002, a Secretaria Nacional Antidrogas lançou o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas – OBID – banco de dados nacional que teve por função integrar informações sobre drogas, interligando-se aos sistemas de informações de organizações públicas, privadas e não – governamentais nacionais e internacionais, Departamento de Polícia Federal e observatórios de outros países.

Em 06 de maio de 2002, o “Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro” elaborou o projeto de lei (PLS 115/2002) originário do Senado Federal. A Câmara dos Deputados demandou Substitutivo, contendo alterações substanciais, remetendo-o novamente ao Senado em 17 de fevereiro de 2004. Em 20 de julho de 2006, o projeto foi remetido a Casa Civil. Em 02 de agosto de 2006 houve a republicação, Pelo Senado, do Parecer nº 932/2006 que ofereceu redação final ao projeto. Em 12 de julho de 2006 foi enviado para novos autógrafos à Presidência da República.

Assim, em 23 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – Sisnad; prescreveu medidas para do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para a repressão não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definiu crimes e assentou outras providências.

A Nova Lei de Drogas revogou os diplomas legais anteriores (Leis 6.368/76 e 10.409/02) e representa um avanço em relação à política adotada pelo Brasil no combate às drogas, pois adotou uma opção político – criminal minimalista em relação aos usuários e dependentes químicos, que se caracteriza pela mínima intervenção do Direito Penal e máxima atenção da saúde pública.

2.2 O ostensivo combate brasileiro ao consumo, produção e tráfico ilícito de drogas

O Brasil tem desenvolvido programas com o escopo de prevenir e combater o uso indevido e o tráfico ilícito de drogas. Um dos fatores de orientação geral para a prevenção é o comprometimento, cooperação e parceria entre os diferentes segmentos da sociedade brasileira, porque o uso, a produção e o comércio ilegal de drogas estão intrinsecamente ligados. Daí a importância do combate global do problema.

A mais abalizada política – criminal de drogas tem demonstrado a necessidade de criação de estratégias nacionais e internacionais, respeitando, entretanto, a realidade interna de cada país, com o intuito de alcançar ações realmente eficazes.

O Brasil aderiu ativamente a tratados e pactos internacionais para o combate desse mal, desenvolvendo rotineiramente campanhas internas para conscientizar a população. É importante ressaltar nossa forte cooperação com o trabalho desenvolvido pela Comissão Internacional para o controle do abuso de drogas da Organização dos Estados Americanos – OEA. Tal esforço demonstra a preocupação compartilhada dos países que compõem a América Latina, numa luta conjunta para proteger as populações e reduzir a demanda do tráfico ilícito de drogas.

2.3 Os graves problemas sociais advindos do tráfico ilícito de drogas

O tráfico ilícito de entorpecentes é hodiernamente considerado um negócio de grande rentabilidade. A essa realidade deu-se o nome de narcocapitalismo, numa alusão ao sistema econômico atual. Trata-se de uma política do sistema capitalista em que o comércio de drogas ilegais é ponto fortíssimo para o país que a adota, bem como para os países parceiros na empreitada. Há países já conhecidos como “narco – estados”, por exemplo: Colômbia e Afeganistão. Em seus territórios, a droga é algo tão poderoso que por si só foi capaz de criar um regime econômico próprio, composto de neologismos para incrementar a linguagem técnica daqueles que lucram com esse tipo de atividade (os ativistas).

No Brasil, o problema das drogas está tão extenso, que há traficantes conhecidos em âmbito nacional, como é o caso, por exemplo, de Luis Fernando Costa (“Fernandinho Beira-Mar”), considerado um dos maiores traficantes de armas e drogas da América Latina. Sua biografia conta uma história comum, de uma criança que não conheceu o pai, cresceu na companhia da mãe e adentrou para a criminalidade ainda muito jovem, praticando pequenos assaltos até ser preso. Após passar dois anos na cadeia, retornou ao convívio social pronto para exercitar todas as lições aprendidas no cárcere, vindo, posteriormente a tornar-se o maior líder da famosa facção criminosa Comando Vermelho. Esse traficante é tão ousado que chegou a furtar armamentos pesados do Exército Brasileiro, desmoralizando a referida instituição perante todo o País. Além de tal façanha, praticou crime de lavagem de dinheiro e comandou diversas rebeliões nos locais em que ficou preso. Atualmente se encontra recolhido num presídio de segurança máxima, mas continua despertando grande indignação social quando viaja de avião para presenciar suas audiências criminais em vários lugares do país, as custas do povo.

A população brasileira é consciente de que o tráfico de drogas é um dos grandes responsáveis pelos crescentes índices de violência em todo o território

nacional. A mídia a todo momento noticia, através de programas de televisão, rádio, Internet, jornais, revistas e publicações avulsas, matérias enfocando as conseqüências advindas dessa delicada questão para os setores de segurança, saúde e economia do País. Existem Estados no Brasil onde parte da população vive angustiada e encarcerada dentro de suas próprias casas, com medo da enorme violência procedente de assaltos, latrocínios, homicídios, lesões corporais, seqüestros relâmpagos, entre outras práticas ilícitas que ajudam a manter o submundo das drogas.

O novo diploma legal que trata sobre o tema drogas, Lei 11.343/2006, tem o fito de introduzir no Brasil uma política sólida de prevenção ao uso de drogas, assistência e reinserção do usuário, de eliminação de pena de prisão para usuários e de amplo rigor punitivo para os traficantes e financiadores do tráfico, numa tentativa de fazer cessar os males advindos de tal problemática. O próximo capítulo abordará os eixos centrais da nova legislação, enfatizando as principais mudanças ocorridas e as principais polêmicas já objetos de acalorados debates.

3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA *NOVATIO LEGIS*

O presente capítulo dará enfoque as mais importantes inovações trazidas pela nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), publicada no dia 24 de agosto de 2006 e em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006. Merecem destaque: a criação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas); a ausência de pena de prisão para os usuários de drogas e implicações jurídicas advindas de tal medida; aplicação de penas mais gravosas aos traficantes, além da proibição de benefícios legais.

3.1 O SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas) e sua importância para a política brasileira de combate as drogas

A Lei 11.343/2006 criou o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas públicas sobre Drogas, e disciplinou suas finalidades, princípios, objetivos e organização nos arts. 03º a 17.

O SISNAD tem por finalidade articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

A nova Lei de Drogas cessa com os diplomas legais anteriores que tratavam do assunto, vez que distingue nitidamente o usuário e o dependente, conforme já fazia o CONAD – Conselho Nacional Antidrogas, em sua resolução de nº 03/2005. Vejamos: “Reconhecer as diferenças entre usuário, a pessoa em uso

indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de maneira diferenciada”.

Este novo Sistema adotado no Brasil coaduna com as políticas públicas de “redução de danos”, modernamente recomendadas e adotadas principalmente nos países europeus. Tais políticas visam primordialmente criar estratégias para reduzir a violência. A tendência mundial em relação à política de combate as drogas é o minimalismo penal, ou seja, a pena como um mal necessário.

Dentre os princípios do SISNAD estabelecidos no art. 04º da lei em comento, devemos salientar a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social. Demais disso, evidenciamos o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; apreço à diversidade e às especificidades populacionais existentes; promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro; integração de estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido de drogas; harmonia com os princípios da liberdade, tolerância, pluralismo cultural, dentre outros.

Convém ressaltarmos os objetivos precípuos deste magnânimo órgão, quais sejam: contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; favorecer a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Por derradeiro, temos que a organização do SISNAD assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal.

3.2 Definição de droga – norma penal em branco

A Lei 11.343/2006 utilizou terminologia diferente das Leis 6.368/76 e 10.409/2002 para definir seu objeto. Observemos:

Lei 6.368/76

Art. 1º. É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de **substância entorpecente** ou que determine dependência física ou psíquica. (grifo nosso)

Art. 36. Para fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificados em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.

Lei 10.409/02

Art. 1º. É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, de tráfico ou de uso indevido de produtos, **substâncias ou drogas ilícitas** que causem dependência física ou psíquica. (grifo nosso)

Lei 11.343/06

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

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

Consoante podemos verificar, a lei nova passou a empregar a palavra *drogas* que expressa gênero, em detrimento da expressão utilizada pela lei antiga *substância entorpecente* que expressa espécie, atendendo a sugestões da OMS (Organização Mundial de Saúde) pelo maior rigor técnico que representa. Vicente Greco (2006: 02), ainda na vigência da lei anterior, já entendia que o uso do termo *entorpecente* era inadequado, dando primazia à expressão *droga que determina dependência*, por considerá-la mais abrangente.

Segundo conceitos da OMS – Organização Mundial de Saúde, *droga* é toda substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções; *tóxico* é toda droga capaz de provocar, após introduzida no organismo vivo, reações graves; *entorpecente* é toda droga capaz de provocar entorpecimento ou torpor; *narcótico*, por sua vez, é a droga opiácea que, introduzida no organismo vivo, é capaz de provocar sedação e analgesia.

De acordo com a definição legal, art. 1º, parágrafo único, Lei 11.343/2006, drogas são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, desde que especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. De fato, estamos diante de uma norma penal em branco, porque se trata de preceito legal complementado por preceito administrativo (Portaria SVS/MS 344/98). Desse modo, em acatamento aos princípios da legalidade e taxatividade, não existindo previsão em lei ou lista apresentada pelo Poder Executivo da União de substância capaz de causar dependência, não há que se falar em tipicidade das condutas previstas nos arts. 28 e 33 a 39 do diploma legal ora debatido.

3.3 Principais diretrizes das atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas

Todas as atividades estabelecidas na nova Lei de Drogas (arts. 20 a 28) têm o fito de amenizar os problemas referentes às drogas, buscando findar ou pelo menos diminuir o consumo, a produção e o tráfico de drogas. As principais diretrizes dessas atividades são: o respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção do usuário e do dependente e respectivos familiares que considerem suas peculiaridades sócio – culturais; a definição de projetos terapêuticos individualizados; dentre outras.

3.4 Ausência de previsão de pena de prisão para usuários de drogas e implicações jurídicas advindas de tal medida

A nova Lei de Drogas promoveu alterações fundamentais no tocante a disciplina jurídica das condutas associadas ao consumo indevido de drogas, objeto exclusivo do Capítulo III, Título III, da Lei 11.343/2006, intitulado “Dos Crimes e das Penas”.

A Lei 6.368/76, em sua parte penal, já firmava distinções entre as condutas de meros usuários de substâncias entorpecentes e de agentes que se caracterizavam como traficantes. As normas que correspondiam a estas condutas típicas eram retratadas nos arts. 12 e 16 do diploma legal revogado.

O fato de impingir ao mero usuário de drogas a pena privativa de liberdade servia por diversas vezes de instrumento para promover o constrangimento de pessoas usuárias e dependentes. A Lei 10.409/2002 trouxe em seu bojo a primeira tentativa de mudança quanto ao tratamento penal dado ao usuário de drogas, prevendo apenas sanções restritivas de direito ou multa. Contudo, seus dispositivos no tocante a este ponto, foram vetados pelo então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva.

É muito importante a distinção que traduz os conceitos de usuário, dependente e traficante para efeito de aplicação de medidas mais adequadas ao caso concreto.

Por usuário entende-se aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Em regra, o usuário não se converte num dependente, pois este necessita do consumo rotineiro de drogas. Por traficante

entende-se ser aquele que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Para determinar se a droga está destinada a consumo pessoal, o magistrado deverá analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente.

3.4.1 Houve descriminalização, legalização ou despenalização da posse para consumo pessoal?

O art. 16 da Lei 6.368/76 já exprimia um caráter eminentemente simbólico, vez que sua efetividade era inócua e de pouca aplicação prática porque a ele incidia a Lei dos Juizados Especiais. O legislador ordinário, trinta anos depois, parece ter atendido em parte a esses reclames, embora não tenha realizado uma completa descriminalização em nosso ponto de vista, senão vejamos:

LEI 6368/76 (revogada)

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: (revogado)

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

LEI 11.343/2006

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena

quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

A redação do art. 28 da Lei 11.343/2006 vem sendo amplamente requestada na doutrina ante a falta de previsão de pena privativa de liberdade. O incluíto jurista GOMES (2006:118) entende que houve uma descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, porque serão sancionadas somente penas alternativas, impostas pelos Juizados Especiais Criminais. Todavia, opina, que a conduta continua a ser ilícita, constituindo uma infração sem natureza penal, *sui generis*, já que não se trata de crime ou contravenção penal. Para ele houve descriminalização “penal” – *abolitio criminis*, porém, sem a concomitante legalização, ou seja, o art. 16 foi descriminalizado, mas a posse da droga não foi legalizada. Explica que essa infração *sui generis* não pertenceria, por conseguinte, ao clássico Direito Penal, que por força de sua Lei de Introdução (Dec. – Lei nº 3.914/41), art. 1º, somente considera crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção; e contravenção à infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Examinemos:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de **reclusão ou detenção**, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Grifo do autor).

Em outra posição, vem se discutindo se as sanções dispostas no art. 28 constituiriam pena administrativa. Consideramos esta posição como a menos aceitável, haja vista que a sanção será imposta por um órgão com poder jurisdicional, contudo limitado a aplicar “meras” restrições de direitos ou multa.

Há, ainda, posicionamento jurisprudencial diverso dos anteriormente expostos, proferido pelo rel. Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 430105 QO/RJ, em 13.02.2007, *in verbis*:

O art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76. Portanto ficou prejudicado o recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal) seria óbice a que a nova lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez em que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que a lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo como regra que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 02 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se à extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. RE 430105, QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007.

Ainda que se tenha o crime como fato típico e antijurídico, encontrando-se na culpabilidade o pressuposto da pena, obrigatoriamente há que se reconhecer o caráter penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Para os doutrinadores que entendem o crime como fato típico, antijurídico, culpável e punível, ainda assim deverão

reconhecer a estrutura perfeita do crime no art. 28, que, em seu preceito primário, descreve a conduta do usuário e, no secundário, a punição (pena).

O Direito Penal deve ser entendido como um verdadeiro sistema, procurando-se uma harmônica junção no ordenamento jurídico, e não em fragmentos.

ARRUDA (2007: p. 20) coadunando com a asserção do Supremo Tribunal Federal, ressalta que, se considerarmos crime apenas as condutas passíveis de condenação à privação de liberdade, as pessoas jurídicas jamais praticariam crime, pois por sua natureza, não se sujeitam a tal sanção. Por outro norte, a própria Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em seu art. 5º, inciso XLVI, as penas que podem ser adotadas, elenca ao lado da privação de liberdade outras sanções, como: perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Aduz, ainda, que: “a tradicional classificação dos ilícitos penais em crimes e contravenções, consoante preconizada na Lei de Introdução ao Código Penal, acha-se inteiramente fora de contexto. Hoje, principalmente a partir da vigência da Lei 9.099/1995, a grande distinção a ser feita é entre as infrações penais tidas como de menor potencial ofensivo e aquelas outras que não se enquadram nessa categoria. A distinção tradicional apenas teria reflexo apenas em eventual definição da competência jurisdicional, já que as contravenções são sempre processadas no juízo estadual”.

Desta feita, consideramos que a conduta típica descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006 é classificada como crime pelo legislador, no Título III, Capítulo III: “Dos crimes e das penas”, é infração penal de menor potencial ofensivo e sujeita a aplicação das normas da Lei 9.099/95.

3.5 Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas

No Título IV da Lei 11.343/2006 estão postas disposições gerais sobre medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. A partir deste marco a Lei em comento cinde com a política criminal minimalista aplicada aos artigos anteriores e se ingere no âmbito da política criminal punitivista, que visa o recrudescimento do sistema penal, com menos regalias, benefícios e garantias.

3.5.1 Comentários primordiais ao art. 33 da Lei 11.343/2006

Várias foram às mudanças que advieram com a nova lei. Passemos a analisar os principais pontos:

LEI 6368/76 (revogada)

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (grifo nosso).

LEI 11.343/2006

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

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

O núcleo do tipo “fornecer” no artigo 12 da lei 6.368/76 tinha seu significado entendido em duas correntes. A primeira considerava como delito o ato de fornecer substância entorpecente, ainda que gratuitamente (não exigindo a mercância); a segunda considerava fornecer substância entorpecente quando o agente distribuía pequenas amostras para o fim de fidelizar terceiros. A Lei 11.343/06 trata o tipo “fornecer” como autônomo, com previsão no artigo 33, §3º.

Cumpre-nos ressaltar nesse ponto, que a quantidade da droga não é fator indicativo exclusivo para identificar se o crime é de posse para uso pessoal ou tráfico. O magistrado deverá realizar acurada análise das circunstâncias do 28, §2º, da lei ora vigente.

A doutrina adverte que os núcleos do tipo “trazer consigo” e “manter em depósito” retratam crimes permanentes, ou seja, suas incidências (ofensas ao bem jurídico tutelado) se protraem no tempo. Enquanto o agente trazer consigo ou mantiver em depósitos, drogas ilícitas, estará cometendo o injusto penal. Dessa forma, aplica-se a tais delitos a Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

O momento consumativo do crime do artigo 33 efetiva-se com a prática de quaisquer dos núcleos, independente de culpa, o que os caracteriza como crimes de perigo abstrato ou presumido. Estes crimes não aguardam a consumação do dano para incidir e punir a conduta daquele que infringe o cuidado requerido. Consubstanciam-se na simples ameaça de “pôr em perigo” o bem juridicamente tutelado.

A previsão de tipicidade de condutas que ocasionem simples perigo, dispensando a produção de evento danoso para a sua repressão, possibilita a ação estatal de modo incisivo, na contramão do que objetiva a política criminal trazida pela nova lei de drogas, qual seja, da intervenção minimalista do Estado, visando sublimar os princípios asseguradores das liberdades individuais. Ademais, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto é a de que os crimes de perigo abstrato ou presumido não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 porque ferem 02 (dois) princípios de máxima importância no ordenamento jurídico, quais sejam, Ofensividade ou Lesividade e Ampla Defesa. *Nullum crimen sine*

iniuria, é imperiosa a necessidade de haver uma lesão concreta ao bem juridicamente tutelado pela norma para transformar o fato em punível. Ir de encontro a tal entendimento seria ofender a própria noção de processo, vez que seria retirado do réu a oportunidade de expor suas razões, apresentar suas provas e, sobretudo influir (de forma positiva) sobre o livre convencimento do juiz.

A pena prevista no artigo 33 da nova lei impõe pena de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias – multa, enquanto o artigo 12 da lei revogada previa pena de reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias–multa. É de verificar-se que o agravamento de pena trazido pelo sobredito dispositivo não retroagirá aos crimes praticados antes de sua vigência, em respeito aos princípios do *tempus regit actum* e da irretroatividade da lei penal mais severa. O caso delituoso praticado sob a égide da lei mais antiga, deverá ser apreciado de acordo com a mesma, se mais benéfica.

LEI 6.368/76 (revogada)

ART. 12 (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; Grifos do autor.

LEI 11.343/2006

ART 33 (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

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

Ainda no inciso acima outros destaques mostraram-se visíveis: I – a lei antiga não trazia no artigo 12, §1º, I, o elemento normativo da ilicitude previsto agora no artigo 33, §1º, I, da nova lei, qual seja: “*sem autorização ou em desacordo com*

determinação legal ou regulamentar"; II – O objeto material dos mesmos dispositivos, respectivamente, não mantiveram identidade imediata, porque a nova lei foi mais abrangente, passou da palavra matéria-prima para os vocábulos matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas. Não obstante a esse tópico, a doutrina opina que haver a caracterização do crime em destaque basta que a matéria-prima, o insumo ou o produto químico sirva para o preparo de drogas ilícitas, não importando o efeito farmacológico que eventualmente venham a produzir; III – O momento consumativo do crime reside na prática de quaisquer dos núcleos, desde que o agente possua a ciência de que a matéria-prima, o insumo ou o produto químico serviria(m) para preparar drogas ilícitas, dispensando, todavia, a droga efetivamente preparada.

LEI 6.368/76 (revogada)

ART. 12 (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

(...)

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

LEI 11.343/2006

ART 33 (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

(...)

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

Com base no inciso II da nova lei, analisemos como será respondido um antigo questionamento: qual a tipificação mais adequada para o sujeito que planta um vasinho de maconha? A resposta já prevê 03 (três) correntes: 1) É crime equiparado a tráfico, art. 33, §1º, II da lei 11.343/06, visto que apenas importa a prática de um dos núcleos para a configuração do delito, pois a lei não exigiu finalidade especial; 2) É crime equiparado a tráfico, art. 33, §1º, II da lei 11.343/06, contudo o agente responderia com as penas previstas para a posse de drogas para consumo pessoal, art. 28 da lei 11.343/06; 3) Fato atípico, visto que a nova lei, em seu artigo 28, não prevê pena privativa de liberdade ou pecuniária para a prática de tais delitos, tendo havido, portanto, o fenômeno da descriminalização.

LEI 6.368/76 (revogada)

ART. 12 (...)

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

LEI 11.343/2006

ART 33 (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

(...)

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

O dispositivo da lei antiga punia a utilização e a cessão de local que o agente tivesse propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, para fins de uso ou tráfico ilícito de entorpecente ou substância que determinasse dependência física ou psíquica. A nova lei punirá o mesmo *modus operandi*, porém apenas para fins de tráfico ilícito de drogas.

LEI 6.368/76 (revogada)

ART. 12 (...)

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; (grifo nosso)

LEI 11.343/2006

ART 33 (...)

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

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

O artigo 33, §2º, da nova lei abrandou consideravelmente a pena anteriormente cominada pelo artigo 12, §2º, da lei revogada, fato que aduz severas críticas em face da gravidade que se revestem os ilícitos tipificados.

O momento consumativo do artigo 33, §2º da nova lei se dará no próprio instante que o indivíduo que sofreu induzimento, instigação ou auxílio, usar indevidamente droga(s). A despeito disso, não podemos esquecer a causa de aumento de pena, prevista no artigo 40, VI, da mesma lei, variável de um sexto a dois terços, se a prática do crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento ou determinação.

LEI 6.368/76 (revogada)

LEI 11.343/2006

Art. 33. (...)

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

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

O crime tipificado no artigo 33, §3º, da nova lei de drogas, traduz um crime privilegiado, considerado como de menor potencial ofensivo. Convém notarmos, outrossim, que este crime tem elementares do tipo importantes. Trata-se de crime bi-próprio, ou seja, os dois sujeitos previstos na lei terão que ter algum relacionamento seja de parentesco, amizade ou namoro, do contrário a conduta delituosa recairá na previsão do artigo 33, *caput*, que configura tráfico ilícito de drogas. Demais disso, para a incidência do tipo privilegiado, deverá haver o preenchimento obrigatório de 02 (dois) elementos subjetivos do injusto, quais sejam: I – Oferecer droga para junto consumirem (elemento subjetivo positivo); II – Sem finalidade de lucro (elemento subjetivo negativo).

LEI 6.368/76 (revogada)

LEI 11.343/2006

Art. 33. (...)

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

Apesar do sobredito artigo ter disposto a palavra poderá, entende a melhor doutrina que a interpretação será deverá, haja vista que se trata de caso de direito subjetivo do réu, inclusive para alcançar fatos pretéritos. Contudo, deverá haver obediência aos requisitos legais, quais sejam, o agente deverá ser primário, ter bons antecedentes e não estar ligado a atividades ou organizações criminosas. Não caberá, entretanto, a conversão da reprimenda em penas restritivas de direitos.

4. A NOVA LEI DE DROGAS E OS BENS DO ACUSADO

O presente capítulo dará enfoque a disciplina legal da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado; aos objetivos da Lei 11.343/2006 no tocante a este ponto; aos princípios relacionados; a demonstração de diplomas anteriores nacionais e internacionais; bem como apresentará as noções fundamentais sobre esta inovação legal.

4.1 A disciplina legal da apreensão, arrecadação e destinação dos bens do acusado

Destacaremos, Inicialmente, a nova disciplina trazida pelos dispositivos legais 60 a 64 da Lei 11.343/2006, que darão ensejo às discussões e polêmicas doutrinárias, *ipsis literis*:

TÍTULO IV – DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

[...]

CAPÍTULO IV – DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DOS BENS DO ACUSADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4o Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 Os objetivos da Lei 11.343/2006 no tocante à apreensão e medidas acautelatórias

A Lei 11.343/2006 apresenta como principais objetivos, em relação aos bens do acusado: preservar os bens relacionados com o delito; evitar perdas de seus valores econômicos; obstar ações judiciais reparatórias por parte de réus absolvidos; aparelhar o Estado e seus órgãos de controle e combate ao narcotráfico; reparar lesões aos bens jurídicos agredidos, entre outros.

É importante asseverar que o objeto da norma do art. 60, *caput*, da Lei ora em comento, consiste em bens que sejam produtos de crimes, que consistam em proveitos auferidos da prática criminosa e que tenham sido utilizados como instrumentos de crimes. Em resumo, todos os bens, objetos de qualquer natureza, lícitos ou ilícitos, que direta ou indiretamente tenham ligação com a prática do narcotráfico, são passíveis de ser apreendidos pelo Estado. Contudo, o rol deste artigo não é taxativo porque a Constituição Federal de 1988 definiu regras no sentido de que a perda da propriedade de bens relacionados com o narcotráfico é vasta e irrestrita, encontrando limites apenas em relação ao terceiro de boa-fé, vítima do delito.

4.3 Princípios relacionados com a apreensão de bens do acusado pelo Estado

Em primeiro lugar temos o princípio da responsabilidade da administração frente aos bens tomados em razão do poder de polícia. O Estado exercerá sua supremacia através de injunções concretas de poder com atos específicos de apreensão de bens do acusado. Porém, o Estado deverá preservar esses bens e evitar, ao máximo, a perda de valores econômicos dos mesmos.

Temos, ainda, o devido respeito ao princípio da afetação instrumental, onde os bens apreendidos pelo Estado somente se prestarão à utilização intrínseca de suas finalidades, por exemplo, computadores servirão para o aprimoramento de serviços burocráticos.

Finalmente, temos respeito ao princípio da utilização finalística de seu proveito, onde o uso dos bens apreendidos somente poderá ser utilizado para fins de prevenção ao narcotráfico.

Em caso de absolvição, o réu terá direito ao seu bem intacto, da forma que fora apreendido, sob pena de indenização.

4.4 Diplomas nacionais anteriores à Lei 11.343/2006

- Lei 6.368/76;
- Lei 7.560/86: criou o FUNCAB;
- 1998: criação da SENAD;
- Lei 9.804/99 altera o art.34 e ss. da Lei 6368/76;
- MP 2216-37, 31/08/2001 criação do FUNAD;
- Lei 10.409/02, artigos 46 a 48;

4.5 Diplomas Internacionais anteriores à Lei 11.343/2006

- Recomendação R80 do Conselho Europeu;
- Convenção de Viena (21/02/71);
- Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU (20/12/88);
- Recomendação da Organização dos Estados Americanos - OEA 1990;
- Conferência da ONU de 1998;

4.6 Noções Fundamentais acerca da apreensão e perda de bens do acusado relacionados com o narcotráfico

Tradicionalmente, a destinação dos bens envolvidos com o narcotráfico somente ocorria após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ocorre que, em razão das experiências adquiridas pelos órgãos oficiais de combate ao

narcotráfico urgiu a necessidade de apreensão cautelar de bens dos acusados utilizados costumeiramente para fins de práticas de ilícitas. A Lei 11.343/2006 tornou possível a realização das reivindicações anteriormente apontadas, possibilitando a apreensão cautelar de bens (art.60), alienação cautelar (art. 62 §7º - “nexo de instrumentalidade”) e perdimento definitivo em favor do Estado (art. 63).

Neste ponto, há incidência das regras e princípios reguladores das medidas assecuratórias previstos nos artigos 125 a 144 do CPP (art. 60, *caput, in fine*). Também incorre quanto à custódia dos bens, o art. 61, parágrafo único, art. 62, *caput* e § 11 – para uso mediante conservação do bem e identificação do usuário.

Demais disso, os princípios cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* são de ligação essencial com o tema. O primeiro decorre da suposição inicial de que os bens apreendidos estão direta ou indiretamente relacionados com crimes de tráfico de drogas. O segundo decorre da demora na tramitação dos processos, que pode acarretar na deterioração, perda de valor econômico e até o perdimento da utilidade dos bens apreendidos.

4.7 Principais mudanças

Devemos salientar algumas mudanças trazidas na nova lei, dentre as quais destacamos:

- I) Queda da inversão plena do ônus da prova sobre a licitude dos bens (art. 60, §1º – previsão de contraditório); Antecedentes: a) D.P. Emergência / Crime Organizado; b) Lei 9.613/98 – art. 4º §2º, c) Art. 5º, nº 7 da Convenção de Viena; (grifo nosso)
- II) Não existência de caução em casos de alienação cautelar; agora os valores apurados em leilão ficam depositados em conta judicial (art. 62 §9º);
- III) Antes: “As medidas de seqüestro e de indisponibilidade de bens serão suspensas, se a ação penal não for *iniciada* no prazo de 180 dias,

contado da data do oferecimento da denúncia". Agora: vigoram as regras do art. 131, I, do CPP : "se a ação penal não for *intentada* no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência"; Antes: se a ação não fosse *iniciada* (recebimento da denúncia após a defesa prévia art. 56 da LN) em **180** dias. Agora: basta o *oferecimento* da denúncia (131, I, CPP fala em "ação intentada" em **60** dias);

*** Contudo, permanece a necessidade de presença do acusado para que seja deferido o pedido de restituição (o 44§,1º, da Lei anterior é hoje o art. 63, §3º, 01ª parte; O juiz pode ("deve") determinar a prática de atos necessários à conservação dos bens (o art. 44, §2º, é hoje o art.60, §3º, 02ª parte)).

IV) Melhor previsão de contraditório no caso de ação cautelar de perdimento;

V) Ampliação das facilidades para utilização de bens apreendidos pelo Estado.

Os bens apreendidos, na forma da nova legislação, serão: a) produtos do crime (art.60); b) proveito auferido (art.60) e c) instrumentos do crime (art.62) e poderão ter a seguinte destinação:

4.7.1 Bens móveis e imóveis:

1) Utilização imediata pelo Estado (art. 61, *caput*; 62, §§ 1º e 4º) até o perdimento definitivo por sentença transitada em julgado;

2) Medida cautelar – após – Leilão.

4.7.2 Valores:

- Serão depositados em conta judicial e eventualmente declarados perdidos no trânsito em julgado da sentença Estado (art. 62, §§ 2º e 3º);

- Remessa para o FUNAD (art.63 § 1º).

Deve a autoridade competente ter os seguintes cuidados quando da apreensão de valores:

- Moedas estrangeiras = anotação de numeração, verificação de autenticidade;
- Títulos e cheques = fotocópias + compensação e depósito.

Dispõe a nova Lei sobre o uso, pelo Estado, desses bens, o seguinte:

4.7.3 Quem pode usar?

- 1) Artigo 61: as entidades de reinserção social; as entidades de prevenção ao uso indevido; as entidades de repressão à produção, a partir da decisão judicial cabível;
- 2) Art.63, *caput* e § 1º: a Polícia Judiciária, desde logo (fase de inquérito) por meio de decisão judicial, cientificada a SENAD e o MP, através de Auto de Depósito, até o trânsito em julgado da sentença;
- 3) Art.63 § 4º: os órgãos do Estado: a) de inteligência; b) militares; c) de prevenção ao uso, após a instauração da ação penal, se o bem estiver excluído da venda cautelar, por meio de decisão judicial, cientificada a SENAD e o MP, através de Auto de Depósito, até o trânsito em julgado da sentença;

O Juiz estará obrigado, nos termos do art.63, a pronunciar-se sobre o perdimento de bens apreendidos na sentença final, enfrentando especificamente a questão esta questão, já que a simples sentença condenatória não gera automaticamente o efeito de perdimento, salvo quanto aos bens cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam fato ilícito.

Os fundamentos normativos do perdimento de bens são:

- CF, art. 5º XLV (reparação do dano);
- CF, art.5º XLVI (pena);
- CF, art. 243 DT (regra expressa de confisco de bens do narcotráfico);
- CP, art. 91, inciso II (perda dos instrumentos e do produto do crime).

Demais disso, há também requisitos formais para as apreensões referidas na nova Lei:

- CP, art. 91, inciso II (Arts. 124/144 CPP)
- 6º II CPP (a autoridade policial deve apreender todos os objetos relacionados ao fato)
- Art. 240 CPP (regras para as apreensões).

Cumpre-nos assinalar, finalmente, que perdimento e confisco apenas em sentido comum se assemelham. Em sentido técnico, perdimento de bens está relacionado com qualquer espécie de bens (lícitos ou ilícitos) e confisco com a arrecadação dos bens considerados ilícitos, ou cuja posse, porte ou uso sejam proibidos por lei.

A doutrina majoritária opina que a natureza do perdimento de bens tratado na nova Lei de Drogas, apesar de se assemelhar ao confisco, é de um efeito da condenação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação sobre drogas no Brasil achava-se concentrada no fiel retrato da política criminal norte-americana, que prega abstinência e tolerância zero em relação às drogas, tratando tal questão como um problema policial e reprimendo os envolvidos com o encarceramento.

Com advento da Lei nº. 11.343, em 23 de agosto de 2006, podemos denotar que a atual política criminal brasileira sobre drogas foi por demais influenciada pela política criminal européia de redução de danos, que busca aplicar práticas de substancial prevenção e controle dos prejuízos causados aos usuários, aos dependentes e a terceiros. Esta conduta legislativa foi ao encontro da tendência mundial mais sensata, que considera os usuários e dependentes de drogas como problemas de saúde pública e não como criminosos.

A pior postura era confiar ao direito penal o papel de solucionar problema de tamanha proporção, porque as autoridades policiais não têm o preparo adequado para cuidar de pessoas que na verdade necessitam de atenção, orientação, oportunidade profissional e tratamento, mas não de prisão.

A criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas – SISNAD veio a somar com os esforços da sociedade civil para o alcance do objetivo maior que é a erradicação dos males sucedidos de tal problemática. Este sistema representa o maior avanço trazido pela nova Lei, principalmente por ter atribuições de articulação, integração, organização e coordenação das atividades relacionadas com a prevenção e a repressão das drogas.

Contudo, a Lei em comento agiu com maior rigor quando dispôs sobre o tráfico ilícito de drogas, estabelecendo um procedimento especial próprio independente da espécie da pena, além de proibir a aplicação de diversos benefícios legais aos condenados por crimes dessa natureza.

Nosso trabalho, finalmente procurou oferecer considerações sobre as alterações e inovações da Lei nº. 11.343/06. No tocante a apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado, bem como demonstrar os aspectos positivos pretendidos, dentre os quais destacamos o objetivo de aparelhar o Estado e seus órgãos de controle e combate ao narcotráfico.

Outros pontos controvertidos certamente ainda serão debatidos pela comunidade jurídica (Doutrina, Jurisprudência) para o aperfeiçoamento da aplicação da novíssima Lei ora em debate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. 1. ed. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. Lei nº. 6.368 de 21 de outubro de 1976.

_____. Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995.

_____. Lei nº. 10.409 de 11 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DECRETI LEI nº. 3.914/41.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário**. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 1141, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8790>>.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal**. LFG, ano 2006. Disponível em: <<http://lfg.com.br>>.

GRECO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Vol. 01. Parte geral. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Lei das contravenções penais anotada**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretação e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 01, Introdução e parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

PORTARIA SVS/MS nº. 344/98.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Positivo**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, vol. 01.

PROJETO DE LEI n.º 115/2002.