

Artigo 28 da Lei 11.343/2006 – Natureza Jurídica e Consequências Processuais

Suzane Maria Carvalho do Prado¹

Com o advento da Lei 11.343/2006 “*quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*” fica sujeito às medidas diversas da prisão. A saber: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A Lei colocou o artigo 28, que tipifica esta conduta e suas consequências, no Capítulo III – Dos crimes e das penas – do Título III – Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Todavia, de crime parece não se tratar (estes estão no Capítulo II – Dos Crimes – do Título IV – Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas).

Um passeio histórico mostra que nem mesmo as consequências do descumprimento do artigo 28 são penas. No PL 7134/2002 originado do PLS 115/2002, encerrado com a edição da Lei 11.353/2006, na Seção II – Do Tratamento –, no art. 11 o “*dependente ou o usuário de substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde*” ficavam sujeitos “*às medidas previstas neste Capítulo e Seção*”, basicamente o tratamento ambulatorial ou hospitalar, com o destaque para os dependentes ou usuários em cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança pela prática de qualquer infração penal que *obrigatoriamente* (o verbo usado foi o “deverá”) seriam submetidos a tratamento em ambulatório interno do sistema penitenciário respectivo (art. 13 – PL 7134/2002).

A posse para consumo próprio estava no artigo 22 (adquirir, guardar, ter em depósito ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), com “*medidas de caráter educativo*” previstas ao usuário. A saber: prestação de serviços à comunidade; comparecimento a programa ou curso educativo, proibição de frequência a determinados locais e submissão a tratamento. Em caso de não cumprimento, a mesma solução da lei atual: admoestação verbal ou multa. Detalhe: (1) expressamente se dizia que as “*medidas de caráter educativo*” poderiam ser cumuladas entre si, mas “*não serão consideradas para fins de reincidência*”, (2) se falava em prescrição da “*imposição e execução das medidas educativas*” no prazo de dois anos (art. 32) e o oferecimento da denúncia, no caso do artigo 23, era para propor “*oportunidade a adoção das medidas educativas pertinentes*” (art. 39, § 1º, I), que poderiam ser aceitas de plano pela defesa (art. 40, § 1º, II), independentemente do histórico do denunciado. As medidas aplicadas poderiam ser revistas judicialmente, a qualquer tempo, mediante requerimento do interessado (art. 50) e, no art. 52, falava-se da criação de “*juizados especializados para processo e julgamento dos crimes definidos nesta Lei, vedada a atribuição da competência dos Juizados Especiais Criminais*”. Ou seja, ficou muito claro que a droga para uso próprio não era criminalizada, porque sem pena e sem o efeito da reincidência a aplicação de medida educativa.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 10 de fevereiro de 2004, relatoria do Deputado Paulo Pimenta, ignorou-se a “descriminalização/despenalização” do uso de drogas, voltando a falar da conduta da posse para uso como crime sujeito a “*penas restritivas de direitos*”. Para tanto, apresentou-se um Substitutivo Integral que se propunha, dentre outros, a (1) superar “*equivocos conceituais e metodológicos*” unificando o conceito de drogas, da qual o entorpecente é apenas parte, (2) deixar evidente a separação entre usuário ou dependente e o traficante, (3) prever que o álcool e outras substâncias lícitas que causem dependência

¹ Promotora de Justiça de entrância final titular da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa. Graduada em Direito na UEPG e Mestre em Direito Penal Econômico pela PUC-PR.

² A íntegra da tramitação do PL 7134/2002, originado do PLS 115/2002 está disponível em www.camara.gov.br.

terão legislação própria³.

Deliberadamente, na Câmara, voltou a tratar-se como crime o uso de drogas. No Voto do Relator ao tratar do Título III, expressamente diz ter optado “... trazer para este título o crime do usuário...”, destacando “... a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para usuário ou dependente⁴” - em termos, diga-se ... Neste Substitutivo, tal qual hoje, o “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” ganha o número 28 de artigo e as consequências são as “... seguintes penas: advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Foram equiparadas ao porte para uso próprio as condutas de “semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de drogas” e “fornecer, eventualmente, sem objetivo de lucro” drogas a pessoa de seu relacionamento para consumirem juntos (art. 28, § 1º, I e II), hoje colocados no art. 33, § 1º, II e § 3º, da Lei 11.343/2006, com penas mais severas. Afastava-se, expressamente, no artigo 28, § 5º, a reincidência (“não serão consideradas para fins de reincidência” - o que retira o caráter de crime, v. art 63, CP). Mas, vejamos só, se o uso de drogas, diretamente não levava à prisão ... o “desatendimento” às penas de prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo pode levar à aplicação das penas restritivas de direitos do art. 43 do CP (art. 28, § 7º) que, se descumpridas “sujeitará o agente às penas do art. 330 do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal” (art. 28, § 10º, CP) -; quer dizer, neste Substitutivo, o usuário, pela desobediência, eventualmente, poderia ser condenado à pena de prisão.

Segue a discussão do Projeto de Lei 7.134/2002, e estamos em fevereiro de 2004, quando em Sessão Plenária, registrada no Diário da Câmara dos Deputados 05840, percebe-se a preocupação dos integrantes da Casa em dar o rótulo de “crime” ao uso de drogas, sem que cientificamente se construísse a figura penal. A título de exemplo, a fala do *Deputado Carlos Willian* – (PSC – MG): “Este projeto discrimina os usuários de drogas de maconha. Essa imposição da lei é um dos poucos argumentos que restam aos pais de família ... de mostrarem ao adolescente que se trata de crime, cuja consequência é ir para a cadeia. Estamos retirando isto do texto ... apelo para as bancadas evangélica e católica, para os cristãos e pais de família, no sentido de que venham ao plenário discutir a matéria ... Alguns países desenvolvidos já se anteciparam sobre o tema, mas o Brasil não está preparado para isto.” Do mesmo partido, o *Cabo Júlio* (PSC – MG) esclarece ao colega que “não estamos dizendo que usar droga deixará de ser crime ... estamos estabelecendo ao usuário 3 penalidades ... se negar a cumprir ... incorrerá em crime de desobediência ... criamos um dispositivo de segurança estabelecendo nova pena”. No mesmo jaez, *Jefferson Campos* (PMDB – SP): “... as penas já estão previstas ... existe também a previsão de prisão para descumprimento das penas previstas e impostas pelo Juiz. ... apelo para que haja maior discussão deste projeto ... que afetará a vida principalmente dos adolescentes de nossa Nação”.

O projeto ainda voltaria ao Senado e, nessa sessão de votação, os discursos se sucederam falando em pena e prevenção, totalmente divorciados da teoria do direito penal – mera retórica, exercício argumentativo.

O PT, representado pelo *Deputado Antonio Carlos Biscaia*, votou favorável ao Substitutivo, alegando: “... Jamais colocaria com qualquer projeto que pudesse significar a liberação do uso de drogas no País ... apresenta-se uma adequada separação entre a condição de usuário e a de dependente, este vítima do narcotráfico crescente ... Não adotamos a descriminalização do uso, muito menos liberando a droga no Brasil. Estamos apenas aprimorando a lei, buscando a prevenção adequada e não imposição de qualquer pena privativa de liberdade ou pecuniária ao usuário ... aquele que for preso com droga será levado ao lugar adequado para a lavratura do termo circunstanciado ...”. Da parte do PSDB, *João Campos*, também favorável: “... o projeto não descriminaliza o uso de drogas no País. Quem está descriminalizando são alguns setores da mídia ... o que a Casa está fazendo – ... embora continue sendo crime o uso de drogas no País – é dar

³ v. Diário da Câmara dos Deputados, de 12.02.2004, p 05400 a 5405

⁴ Ou seja, por mais que se diga que é crime, desde aqui não se tem pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

*tratamento diferente ao usuário e ao dependente. ... Minha posição, quer como delegado, quer como pastor, pai de família e cidadão, sempre foi a favor da criminalização do uso da droga*⁵.

Destaca-se como fala mais afeiçoada ao Direito (lembrando que os Senhores Deputados estavam fazendo uma Lei e não defendendo suas posições pessoais), de *Moroni Torgan* do PFL – CE: “... não houve liberação nem condenação ... um meio termo ... se não for cumprida nenhuma daquelas medidas, a pessoa ficará sujeita ao crime de desobediência ... há uma sanção ... a possibilidade de detenção por crime de desobediência ... o que o projeto está fazendo com relação ao usuário e ao viciado já é prática comum na Justiça – é o que chamamos de Justiça Terapêutica ... O Judiciário não manda usuários e dependentes para a Cadeia, mas, sim, os condena à prestação de serviços à comunidade os priva de certos direitos...”. Também, *Fernando Gabeira*: “Se a sociedade brasileira tem como único argumento contra o consumo de drogas a cadeia, estamos moralmente falidos. Existem outros.”

Aprovada a redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 7134B, de 2002 (do Senado Federal – PLS 115/02 na Casa de Origem), voltou para o Senado em 17 de fevereiro de 2014. Recebeu parecer 847, de relatoria do Senador Romeu Tuma, em 31.05.2006, no qual o usuário volta a ser considerado como merecedor de “medidas educativas” e não penas. Sobre o crime de desobediência como remédio para fazer cumprir o artigo 28: “... reportar-se ao crime de desobediência traz problemas incontornáveis ... o descumprimento de sentenças condenatórias ou executivas pode gerar medidas coercitivas como a prisão e a busca e apreensão, mas tal descumprimento nunca foi considerado um crime autônomo. Receamos seja criado um perigoso precedente legal ... No limite, um único fato (trazer consigo drogas para consumo pessoal) seria objeto de dupla incriminação, ferindo o princípio do non bis in idem.” Rejeitaram-se, assim, os §§ 7º, 8º, 9º e 10º do Substitutivo, restabelecendo parte do texto original. E, no Texto Consolidado que saiu em 31 de maio de 2006, da Sala da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o artigo 28, *caput*, I, II e III previa “penas” ao usuário (as mesmas de hoje), no § 3º, falava da duração das “penas” de, no máximo, cinco meses, no § 4º, para casos de reincidência, aumentava para dez meses; no § 6º, para caso de descumprimento das “medidas educativas a que se refere o caput, I, II e III”, sem mais, nem menos, no inciso IV - “detenção de seis meses a dois anos”. Quer dizer, tiraram a previsão anterior do § 10, de aplicação subsidiária do artigo 330 do CP (porque, segundo o parecer, importaria num segundo processo para apurar a desobediência) e lascaram a pena privativa de liberdade como último recurso, porque, sucessivamente, o juiz deve lançar mão de admoestação verbal, multa e penas restritivas de direitos.

Aqui sim, com a previsão expressa de pena de detenção, de 06 meses a 02 anos, o porte para uso próprio foi criminalizado (art. 1º, Lei 3.914/19416 – LICP) e tratado como infração de menor potencial ofensivo (art. 48). Encaminhado para votação, ainda recebeu alterações – dentre outras, a retirada dos incisos III e IV, do § 6º, do art. 28 – culminando no texto encaminhado para sanção presidencial – que vetou alguns artigos referentes ao SISNAD e da cumulação, por Varas Especializadas das atribuições de Juizado Especial Criminal sobre drogas⁷.

⁵ O PMDB representado por Roberto Jefferson votou contrário: “... este projeto ... afetará a vida principalmente dos adolescentes da nossa Nação”, assim como o Enéas (de saudosa memória), pelo PRONA. Integram a lista dos votos favoráveis Osmar Serraglio pelo PMDB, Dr Hélio pelo PDT, Colbert Martins pelo PPS, Marcelo Ortiz pelo PV, Jamil Murad pelo PCdoB, Nelson Meurer pelo PP, Pastor Reinaldo pelo PTB.

⁶ **Art 1º** Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm – sem grifo no original).

⁷ Todo histórico de tramitação dos projetos que deram corpo à Lei 11.343/2006 encontram-se nos sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bastando lançar os números aqui apontados para se ter acesso ao inteiro teor das discussões aqui reproduzidas.

Voilà, veio ao mundo em 23 de agosto de 2006, com prazo de 45 dias para vigência a Lei 11.343/2006, revogando expressamente as Lei 6.3688, de 21.10.1976 e 104099, de 11.01.2002. Detalhe, totalmente confusa em seu texto quanto à natureza jurídica da resposta dada ao usuário: o *caput* fala de “penas;” no § 1º, são as “*mesmas medidas*”; no § 3º, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo são tratadas como “*penas*”; no § 6º, são “*medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III*” e mesmo a multa, usada como garantia para cumprimento das medidas educativas (art. 28, § 6º, II), no artigo 29 é tratada como “*medida educativa a que se refere o inciso II, do § 6º do art 28*”. E, ao dizer da possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e da substituição pelo Juízo, no art. 27, fala de “*penas*”.

Mesmo assim, a compra, guarda, depósito, transporte ou porte de droga para uso próprio, na 11.343, não sujeita seu autor à pena de detenção ou reclusão quer isolada, quer alternativa ou cumulativamente à pena de multa. Portanto, não se trata de crime, nos exatos termos do art. 1º, da Lei 3.914, de 09.12.1941 – a Lei de Introdução do Código Penal. Se muito, para dar o tratamento jurídico preconizado na 11.343, poderia dizer tratar-se de contravenção, se for considerada a multa derradeira (art 28, § 6º, II), como pena em sentido jurídico-penal - e não medida educativa como tratada no art 29 da Lei 11.343/2006 (Mas, nem este raciocínio vingará, frente ao artigo 5º do DL 3688, de 02.10.1941: “Art. 5º. As penas principais são: I – prisão simples; II – multa” - e aqui, na Lei 11.343/2006, a multa não é pena principal e sim substitutiva (?) para caso de não cumprimento da medida originária).

Pode-se continuar a discussão da natureza das consequências de violação do art. 28, exercitar argumentos na tentativa de chegar a uma resposta jurídico-penal. Só para ilustrar, porque se quer seguir com o objetivo do trabalho, a advertência sobre os efeitos da droga não encontra molde em qualquer das classes de penas¹⁰. A prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo poderiam ser tomadas como penas restritivas de direitos (art. 32, II c/c 43, III e IV, CP), mas não são passíveis de conversão por falta de pena principal (art. 44, § 4º, CP). Melhor concluir que se tratam de “*medidas educativas*” como previstas em sua gênese, sem caráter penal, mas com processamento para aplicação no Juizado Especial Criminal, por falta de uma “*administrativização*” regulamentada da matéria como fez Portugal com a Lei 30/200011; lá, no artigo 29, foi declarada a “*descriminalização*” objeto da Lei e criado o Instituto da Droga e

⁸ Aqui o art 16 criminalizava o uso: “**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 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”.

⁹ Embora posterior, esta Lei teve o “Capítulo III – dos crimes e das penas” integralmente vetado porque “em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão”. Para o usuário de drogas (art. 20) eram previstas as “penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21” que tinha a seguinte redação: “Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes: I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV suspensão temporária de habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação de licença para dirigir veículos; VI – cassação de licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão. Mas, como foi vetado o capítulo inteiro, tivemos uma nova Lei de Drogas em 2002, que previa, no art. 27, o procedimento “relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei ...” e não tinha crimes em seu texto. Solução ? (re)apropriar-se da tipificação legal da Lei 6.368/76.

¹⁰ “corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos”, cf. MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal**, v I, 15ª ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 246

¹¹ Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupeficientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

Toxicodependência – IDT para manter o registro central dos processos de contraordenações¹² (primas das nossas contravenções) desta natureza.

O usuário flagrado de posse de droga, em Portugal, perde a substância em favor do Estado; feito um auto de ocorrência (art. 4º, I), é encaminhado para a “Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência” de seu distrito para aplicação das respectivas sanções (art. 5º, I). Esta Comissão, composta de cinco membros (art. 7º), ouve o consumidor sobre o fato e, sendo ele primário e sem registros anteriores, não dependente da droga, suspende-se o processo; se toxicodependente, para não ser processado, o usuário carece de aceitar e submeter-se a tratamento (art. 11). A suspensão do processo pode ser de 02 (dois) anos, prorrogável por mais 01 (um), e será arquivado definitivamente se não houver reincidência no período e o tratamento tiver sido cumprido (art. 13).

Para o consumidor não dependente é aplicada multa ou, alternativamente, sanção não pecuniária de interdição de frequência a certos lugares; proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; interdição de ausência para o estrangeiro sem autorização; apresentação periódica em local designado pela Comissão; cassação ou proibição de concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio; apreensão de objetos de pertencam ao usuário e representem um risco para este ou para a comunidade ou favoreçam a prática de um crime ou de outra contraordenação e privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído a título pessoal por entidades ou serviços públicos; entrega a instituições públicas ou particulares de uma contribuição monetária ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, no regime do Código Penal. Aos dependentes, aplicam-se apenas as sanções não pecuniárias (art. 15 e 17). Há, ainda, para todos, a admoestação que “*consiste numa censura oral, sendo o consumidor alertado para as consequências do seu comportamento e instado a abster-se a consumir*” (art 18). As sanções não pecuniárias têm duração mínima de 01 (um) mês e máxima de 03 (três) anos (art. 24).

Se aplicada a sanção, tratando-se de dependente em tratamento, o processo poderá ficar suspenso por até 03 (três) anos a contar do trânsito em julgado da decisão (art. 20), determinando ao usuário que se apresente regularmente no serviço de saúde designado (art. 21). Toda decisão que aplique sanção ao consumidor é comunicada à polícia para que colabore na execução (art. 25).

Portugal foi claro ao dizer, no art 29 da lei 30/2000 que “descriminalizou” o uso da droga – mas não legalizou; estabeleceu um processo e foro próprio, mas não despenalizou, nem liberou geral. Aqui no Brasil, insiste-se em falar de criminalização, acredita-se que fruto do discurso dos pais da 11.343, quando de crime não se trata, porque afastada a pena de detenção ou reclusão, para o usuário. E, se de crime não se trata, os efeitos da prática são menores. Por exemplo, não gera reincidência¹³ (art. 63, CP) e não impede transação (art. 76, § 2º, I, Lei 9099/95).

(Sabe-se que, quanto à reincidência, o STJ disse o contrário no HC 350.317 – SP 2016/0055483-0, relatado pelo Min Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 07.11.2016. Mas ali, não se enfrentou a teoria do tipo penal, resumindo-se à análise, em nosso sentir, à localização topográfica do artigo – o que não é o suficiente em termos jurídico-penais; talvez possa ser em termos de política criminal ou opção interpretativa. No mesmo sentido o STF, reconhecendo a despenalização operada com o art 28, privilegia a localização do artigo para dizer que é crime – vale a leitura e reflexão¹⁴. Lembro aqui de uma comparação feita num julgado, que não encontro para

¹² Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima – Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro - “Regime Geral das Contra-Ordenações”.

¹³ A reincidência mencionada no art 28, § 4º, da Lei 11.343/2006 só pode ser específica, para aumento do prazo da prestação de serviços à comunidade ou do prazo de comparecimento a programa ou curso educativo, depois que o usuário já se submeteu, uma primeira vez a qualquer destas medidas por até 05 (cinco) meses e voltou a ser flagrado de posse da droga.

¹⁴ EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas):

transcrever, para dizer da impropriedade legislativa do artigo 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97, que usou esta expressão: “um urso de pelúcia perdido na floresta não se transforma num urso selvagem”. Esta insistência dos Tribunais Superiores em elastecer o conceito de crime para abarcar o art. 28 só pode soar uma adesão ao discurso dos criadores da Lei – a necessidade de ter o usuário de drogas como “criminoso”)

A técnica usada para criar o artigo 28 e dar as respostas aos usuários, cientificamente *descriminalizou* as condutas ali previstas (tipo múltiplo), mas não as liberou. Faltou regram melhor e mais claramente, para que não fosse necessário toda essa falação insistindo em criminalizar a conduta do usuário. Desde a discussão da Lei, vê-se a *moralização do problema*: “... nós necessitamos do Direito Penal ... quando menos, como meio de desqualificar as drogas aos olhos da população; e: não se pode excluir que precisamente a ameaça de pena retire um ou outro indivíduo do caminho das drogas¹⁵...”.

Sugere aqui que o legislador quis fazer o que Portugal fez com todas as letras em 2000 – descriminalizou, mas não despenalizou, e administrativizou. Ou seja, a matéria está mais para o Direito de Intervenção de Hassemer¹⁶, do que para o Direito Penal. Mas, na falta de uma regulamentação exaustiva como fez Portugal, continua-se a buscar justificativa para tratar como crime a conduta que está perdida num Capítulo com este Título, apenas para *manter a cara de mau* a quem se atrever a praticá-la.

natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

¹⁵ HASSEMER, W. **Direito Penal – fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 331.

¹⁶ OLIVEIRA, Ana C. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e sanção administrativa**. 1 ed., São Paulo : IBCCRIM, 2013, p. 61-63: “2.1 A proposta modernizadora de Hassemer ... Na verdade, o que pouco se menciona é que o próprio Hassemer apresenta a sua proposta para a modernização do Direito Penal, o *Direito de Intervenção* ... encaminha-se no sentido de um Direito Penal sem a imposição da pena privativa de liberdade, através do Direito de Intervenção ... integrariam o Direito de Intervenção regras provenientes de diferentes normas sancionadoras, conjugando o Direito Penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito Tributário ... a não imposição de penas privativas de liberdade seria a principal característica deste Direito de Intervenção ... esse novo ramo poderia se voltar para a atuação preventiva ... tem o objetivo principal permitir a atuação do Direito Penal somente em relação aos tipos tradicionais, ao *núcleo duro* ... seria possível esvaziar o Direito Penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo ... teria ainda, como consequência, livrar o Direito Penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico”.

Não se tratando de crime o artigo 28, nem de contravenção (tecnicamente falando), nem de infração administrativa (como fez Portugal), mas “tendo que” estar dentro do conceito de infração de menor potencial ofensivo para ser processado no J.E.Criminal, tem-se como melhor caminho tratar este dispositivo como fez Luiz Flávio Gomes¹⁷: uma infração penal *sui generis* submetida ao procedimento estabelecido na Lei 9099/9518.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos: (...)

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*¹⁹.

Em assim sendo (e, mesmo se desenvolver o raciocínio como um tipo contravencional, mas não criminoso), afastada a hipótese de arquivamento, reunidos os requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95, o MINISTÉRIO PÚBLICO deverá propor a transação com as medidas educativas do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (e não com as penas restritivas de direitos do artigo 43 do CP, como manda o *caput* do art. 76).

Todavia, se o autor do fato deixar de vir à audiência preliminar ou não reunir os requisitos do artigo 76, *em tese*, com olhos somente na Lei 9099/95, deveria ser oferecida a denúncia oral (art. 77), para entrega de cópia ao infrator cientificando-o da data designada para a audiência de instrução e julgamento (art. 78), quando, depois da defesa, recebe-se a denúncia, produz-se a prova, debate-se o processo e vem a sentença (art. 81).

Fica claro que, em termos gerais, só se oferece denúncia no Juizado Especial Criminal, para que seja possível a *aplicação da pena privativa de liberdade* prevista no tipo violado, que não pode ser aceita voluntariamente (vez que, o infrator não tem mais direito às penas restritivas de direitos passíveis de aceitação na fase do artigo 76 da Lei 9099/95). Esta é a primeira afirmação – a denúncia como peça essencial para deflagrar o processo penal visando a aplicação da pena corporal prevista no tipo – que encontra as seguintes questões no tema em debate:

¹⁷ No mesmo sentido: LEAL, João José, Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoas de Drogas? Disponível em http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34066653/Lei_Antidrogas.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1491600343&Signature=FiEmsbq4fw7EclFQjbaIJQy96og%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLei_Antidrogas.pdf, acesso em 07 abr 2017.

¹⁸ embora isto não esteja expresso na Lei 9099/95, o art 71, vetado por invasão de competência legislativa, previa: “Art. 71. Nas comarcas em que haja vara especializada para julgamento de crimes que envolvam drogas, esta acumulará as atribuições de juizado especial criminal sobre drogas, para efeitos desta Lei”

¹⁹ GOMES, Luiz F e SANCHES, Rogério C. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?**, 19.01.2007, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34439,41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>, acesso em 31 mar 2017 – sem grifo no original.

(1) e no caso de não ter pena a ser aplicada, em tese ? E, (2) no caso de, ao final de um processo penal a ser instaurado – exceto em caso de absolvição –, a pena a ser aplicada ser a mesma que se teria com a transação (nunca privativa de liberdade), nem mais, nem menos? Adiante, e (3) se o infrator, mesmo sem os requisitos para transacionar (condenação definitiva anterior por crime), aceitar a proposta de aplicação antecipada de qualquer das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.323/2006, (4) pode ser oferecida denúncia?

Admitindo que se possa processar penalmente o usuário, dado que a denúncia ou queixa será rejeita quando, dentre outras hipóteses, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP), estaria presente o interesse de agir no oferecimento da denúncia das infrações do artigo 28 da Lei 11/343/2006 quando o infrator adere à proposta antecipada de cumprimento de uma das medidas educativas ?

Tratando do interesse processual, invoca-se o binômio “interesse-necessidade e interesse-utilidade”. O primeiro para dizer que o processo penal poderá ser manejado porque é “*necessária a utilização das vias processuais, para a aplicação da sanção penal, ao lado da impossibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva (...) mesmo nos casos de transação penal (...) a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante processo (...) não havendo possibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva fora do processo*”²⁰. Já o “interesse-utilidade” estaria no resultado prático gerado pelo movimento da máquina judiciária; do manejo de um processo que, ao final, será útil (e indispensável) para seu fim – a aplicação da sanção. Se não tiver esta finalidade – de necessário para aplicar a pena – o processo perde o caráter instrumental, passando a ser o fim em si.

Ao contrário do que se passa com outras infrações de menor potencial ofensivo, o porte de droga para uso próprio não tem pena corporal prevista (como dito à exaustão). São medidas educativas que se impõe ao violador do preceito primário. Medidas estas que visam, antes de retribuição pelo uso da droga (uso este não punível) a “*prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*” (Título III) e que podem ser aceitas, voluntariamente, pelo infrator.

Assim, mesmo constatada a ausência dos requisitos para a transação penal, dado o caráter da infração e das consequências a ela cominadas (medidas educativas), carece de interesse a movimentação da máquina estatal para dar corpo ao previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Havendo a proposta nos moldes das do artigo 76 da Lei 9099/95, acompanhado o infrator de advogado para auxílio na análise da proposta, e sendo a medida a ser aplicada uma daquelas constantes no preceito secundário do mesmo artigo 28 da Lei 11.343/2006, totalmente desnecessário o processo penal tradicional (iniciado com a denúncia), valendo a adesão do infrator, assistido por seu advogado, como bastante para se cumprir o devido processo legal.

Estando no sistema da Justiça Penal, somente será admissível a propositura do processo em duas situações. Primeiro, se o infrator recusar a transação, visando provar sua inocência; teremos aqui o interesse de agir presente, porque a absolvição só pode vir de uma sentença penal transitada em julgado ou, se o infrator não for localizado, quando se depende de uma denúncia para remessa dos autos ao Juízo Comum, onde possa ser aplicado o artigo 366 do CPP.

Por fim, respeitando a localização do artigo 28 no Título das “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” de nada adianta reconhecer a descriminalização e dispensar o processo penal sem retaguarda para aplicação das medidas educativas. Assim é que se impõe a existência de Programas para encaminhamento dos infratores, sejam os educativos do inciso III ou para a prestação de serviços à comunidade. Neste sentido, tem-se na comarca de Ponta Grossa o “P.A.R.E.!” e o OPUD – Oficina de Prevenção de Uso de Drogas, tanto para a advertência (inciso I), que é feita por equipe multidisciplinar, como para programas e cursos educativos (inciso III), de modo a cumprir com a finalidade da

²⁰ GRINOVER, Ada P. et alli, As nulidades do processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p., p. 65-66

Lei.

Diante disto, conclui-se:

- a) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 não descreve crime nem contravenção; trata-se de infração de menor potencial ofensivo *sui generis*;
- b) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 permanece como crime no imaginário popular por força do discurso, desde a discussão do Projeto de Lei até mesmo a chegada do tema no STF; mas, tecnicamente não é crime.
- b) ao usuário encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sempre é de ser proposta a transação, independente dos requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95;
- c) para aplicação antecipada da medida educativa, mister a criação e manutenção de Programas próprios para este fim em cada comarca;
- d) em caso de descumprimento da medida transacionada, nova audiência é de ser designada para fins de admoestação verbal e, em último caso, imposição de multa;
- e) somente é admissível o processo penal nas infrações do artigo 28 da Lei 11.343/2006 no caso do usuário recusa a transação, visando o reconhecimento da inocência, ou se não encontrado, para os fins do artigo 66, parágrafo único, da Lei 9099/95.