

USUÁRIO NA NOVA LEI ANTIDROGAS

* Shirlene Aparecida Fontes

** Professora Vânia Maria Benfica Guimarães Pinto Coelho

Resumo

A novel lei, a qual denominou-se de Lei Antidrogas, traz em seu bojo alguns avanços, que podem ser notados "*prima facie*". No entanto, isso não significa dizer que não tenhamos problemas e conflitos jurídicos, os quais serão objetos de análise e estudos pela doutrina e jurisprudência ao longo do tempo. Antidrogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, como quer alguns doutrinadores. Apenas, diminuiu a carga punitiva. A sanção penal, como é sabido, possui como uma das espécies a pena. Claro que se trata de um avanço para que o tema passe a ser tratado somente como questão de saúde pública, incidindo sobre ele as normas de caráter administrativo. Mas com a nova lei ainda não chegamos a esse ponto.

Palavras-chave: consumo pessoal, infração penal, reincidência, transações penais.

1. Desenvolvimento

Vários doutrinadores e juristas de grande renome e conhecimento nesta matéria, tais como: Jorge Vicente Silva, Luiz Flávio Gomes, Luiz Regis Prado, Rodrigo Iannaco de Moraes, Juarez Cirino dos Santos, Damásio Evangelista de Jesus, entre outros, tecem comentários sobre a lei de antidrogas (Lei 11.343/06). Ao falar em reincidência, entendemos que o consumo de entorpecente ainda é crime, embora autores de peso sustentem a existência de um ilícito "sui generis" nem penal nem administrativo, com fundamento no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Acreditamos que a razão parece estar em se afirmar que a conduta de consumir entorpecente ainda é crime tanto é que está na nova lei debaixo do título "dos crimes e das penas". Não houve descriminalização, mas, despenalização.

No lugar de pena privativa de liberdade optou-se pela prestação social alternativa (CF. artigo 5º, inciso XLVI, letra "d").

Neste sentido, posiciona-se Clovis Alberto Volpe Filho. A lei criou uma reincidência própria para os consumidores de drogas mandando aumentar o prazo máximo das penas alternativas de cinco para dez meses, menos a advertência.

* Acadêmica do 3º ano do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Varginha.

** Professora titular da cadeira de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Varginha.

Sendo assim, sempre será cabível a transação penal, que tem por característica própria não gerar reincidência. Portanto, o usuário surpreendido várias vezes será reincidente tão somente para o aumento do prazo da medida alternativa aplicada e essa medida seguirá o rito do artigo 76 da lei 9099/95. Para outros efeitos penais, o usuário não será reincidente se obteve duas, três, transações penais. O consumir ou portar para uso próprio, ou mesmo semear, ou plantar pequena quantidade foi despenalizado e não implicará reincidência para uma futura condenação penal por outro delito, porque sempre acabará em transação penal. Como vemos no § 4º do artigo 76 da lei 9099/95 e os artigos 48 § 1º e § 5º da lei 11343/06.

Se o sujeito descumprir as medidas alternativas, sofre admoestação verbal ou multa, esta última de acordo com sua capacidade econômica. Não vai preso (nem mesmo em flagrante). A execução e a imposição das medidas prescrevem em dois anos, observadas as causas suspensivas e interruptivas do Código Penal.

Interessante notar que o usuário de entorpecente não vai preso, mas, se oferecer para outro, se passar, eventualmente e sem objetivo de lucro, é punido com detenção, de seis meses a um ano, e pagamento de 700 a 1.500 dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. Portanto, a lei abrandou a pena para o consumo, mas em caso de dúvida, e em estado de flagrância, a prisão ainda é medida a ser efetivada pela autoridade policial.

Passa-se, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena privativa de liberdade o art. 28, § 1º, Lei Antidroga. Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio. Isto porque, não mais temos a pena privativa de liberdade como sanção para as condutas que visam o consumo de drogas. O legislador pátrio estipulou as seguintes penas para o usuário de drogas: Sem prejuízo de outras, de acordo com o inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federa.

Luiz Flávio Gomes, em um artigo intitulado “Nova Lei de Tóxico: descriminalização de posse de droga para consumo pessoal”, defende a tese de que a nova lei não considera mais como crime o porte de drogas para uso próprio. Segundo o referido autor: *“Constitui um fato ilícito, porém, não penal, sim, sui*

generis. (...) Em conclusão: nem é ilícito penal nem administrativo: é um ilícito sui generis”.

Ora, se legalmente no Brasil crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa, não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal com a nova lei deixou de ser crime porque as sanções impostas para essa conduta advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos - art. 28 não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa. Em outras palavras: a nova lei de drogas no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de infração penal porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no nosso país. Fechado esse extenso e necessário parêntese cumpre, então, discorrer sobre as penas aplicadas.

A primeira pena estipulada pelo legislador é de advertência, uma sanção penal, até então, desconhecida do Direito Penal brasileiro que representa uma autêntica inovação, mas não apresentará dificuldade para se conhecer o seu sentido jurídico e o modo de aplicação. O próprio dispositivo determina que o juiz deve esclarecer ao condenado sobre as conseqüências, nocivas à saúde, do uso de drogas. Não possui tal natureza em virtude de três principais fatores: A advertência não preenche as características da pena, que são retribuição e prevenção, tendo em vista a teoria da união, que parte da idéia da retribuição como base, acrescentando os fins preventivos e gerais. Essa pena não intimida o cidadão a não consumir drogas, nem mesmo assume feição de retribuição, sendo completamente inócua. A pena de advertência banaliza o Direito Penal, ferindo por completo os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Permitindo uma pena dessa natureza dentro do Direito Penal, é igualá-lo aos demais ramos, causando descrédito perante a sociedade, que não mais temerá as sanções penais. Por fim, a advertência não guarda relação com nenhuma pena do inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal. Essa norma deve ser usada como parâmetro para que o legislador comine pena alternativa de modo direto à determinada infração penal. Assim, o máximo da pena de natureza penal prevista no Texto Maior é a privação ou restrição da liberdade, enquanto o mínimo é a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de

direitos. A pena de advertência não encontra relação alguma com essa norma, se situando muito aquém a prestação social alternativa. Por isso, consideramos a advertência como uma espécie de sanção *sui generis*, pois não pode ser considerada como pena, que tanto caracteriza o Direito Penal. Entendemos que a advertência somente poderá ser objeto de transação penal, como permite o art. 48, § 5º, da Lei Antidrogas.

Já as outras duas espécies, entende-se que mantêm relação com as características basilares da pena. A prestação de serviço à comunidade está, inclusive, prevista como espécie de pena restritiva de direito, no inc. IV, do Código Penal.

A medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, por sua vez, guarda harmonia com os parâmetros fornecidos pela Constituição, eis que pode ser considerada como subespécie da prestação social alternativa. Essas duas penas poderão, além de ser objetos de transação penal, ser conseqüência jurídica da condenação em sentença. Fato que não pode ocorrer com a advertência, tendo em vista a sua natureza "*sui generis*". Lembremos que essas duas penas são impostas de maneira obrigatória, devendo ser cumpridas na integralidade, pelo prazo máximo de cinco meses, e em caso de reincidência serão aplicadas pelo máximo de dez meses.

Em caso de não cumprimento das penas impostas, o juiz poderá submeter o agente, sucessivamente, a admoestação verbal e multa. As referidas penas previstas para o agente que é surpreendido na posse de drogas para consumo próprio prescrevem em dois anos.

2. Referências bibliográficas

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Tóxico: **descriminalização de posse de droga para consumo pessoal**. *Revistas Juristas*, João Pessoa, ano III, n. 87, 14 ago. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=1954>.

_____. **Da punibilidade como terceiro requisito do fato punível**. *Direito Penal* – Revista de direito penal e ciências afins. Disponível em: www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1058

jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8881

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral, v. 1, p. 148.

SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos**, JLA editora, 2006.

www.direitonet.com.br/artigos/x/28/68/2868

www.direitonet.com.br/artigos/x/29/22/2922