

Sumário penal e processual da nova Lei de Tóxicos

Abordagem breve sobre a lei nº 11.343/06, em seus aspectos penais e processuais inovadores.

José Carlos Gobbis Pagliuca

A recém publicada Lei sobre Drogas (nomenclatura da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) veio acompanhada de algumas inovações no tocante à parte criminal, de modo bem diverso daquele tratado na Lei nº 6.368/76 e também nos dispositivos vetados da Lei nº 10.409/02. Entretanto, não obstante sua tramitação legislativa lenta, feita e refeita, ainda assim ensanchou possibilidades de eliminar textos que ensejam dúvidas ou pluralidade de interpretações.

A primeira celeuma, seguramente, diz respeito à tipificação sobre a conduta do indivíduo considerado usuário de drogas. Pratica-se ou não conduta infracional criminosa? A doutrina já está se manifestando dubiamente, situação que seria totalmente adiáfora se o legislador fosse mais claro e preciso. É que a conduta está disposta no art. 28, inserta no Tít. III, Cap. III., como segue: Título III- Das Atividades de Prevenção Do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas

“Capítulo I-Da Prevenção...Capítulo III- Dos Crimes e das Penas

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

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

I-advertência sobre os efeitos das drogas;

II-prestação de serviços à comunidade;

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

§ 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 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.

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.”

Assim é que o art. 28 figura no capítulo que trata dos crimes relacionados unicamente às condutas do título “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, e o capítulo refere-se aos crimes e às penas às quais está sujeito o infrator. Contudo, não há, no artigo em tela, propriamente, cominação de pena privativa de liberdade e nem mesmo pecuniária. Porém, há menção à prestação de serviços à comunidade, que, por si, é sanção do tipo pena, a teor dos arts. 43 e 44, do Código Penal. Assim, ou estão criadas novas modalidades de sanções penais (advertência e medida educativa), ou a lei se referiu a estas sanções com o vocábulo *pena* sem sua definição propriamente do Direito Penal. Ademais, inexistente infração penal sem cominação de pena. E quais as consequências da incógnita? Várias. Desde a questão da reincidência, do conflito de leis ou o tratamento nominal ao infrator (criminoso?), até mesmo civis, como tutela, pátrio-poder e outras, tais quais trabalhistas, etc. E caso o infrator não cumpra a prestação de serviços ou medida educativa, a sanção por sua desídia é a aplicação de multa, ser fixada consoante o art. 29. Mas esta multa não é pena de multa, tal qual o art. 49, do Código Penal estipula, porém reprimenda pela não realização da determinação judicial. E, em hipótese alguma, poderá ser revertida em quaisquer outras penas, pois que, nem mesmo a multa de natureza originária penal assim o pode. Então, caso o infrator não cumpra a determinação judicial, ficará sem nenhuma obrigatoriedade de cumprimento, salvo a execução civil da própria multa, funcionando a decisão judicial como título executivo. Poderia se falar na ocorrência do crime de desobediência (art. 330, do Código Penal), o que, sinceramente, não parece cabível. Para o não cumprimento dos incs. II e III, do art. 28, já existe a cominação de sanções específicas, ou seja, a admoestação e a multa do § 6º, do mesmo artigo. Logo, inviável duas sanções pelo mesmo descumprimento, porque a multa já é o castigo pela não obediência. Deveras, está fecundada mais uma

polêmica para a legislação penal brasileira a ser resolvida em nossos Pretórios, já tão abastecidos com centenas de falsos truísmos legais.

Na questão do tráfico, propriamente, também inovou a lei: “Título IV- Da Repressão à produção não autorizada e ao Tráfico ilícito de drogas - Capítulo II- Dos Crimes

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

Aqui não houve mudança redacional para a tipicidade, mas, sim, alteração na quantidade da pena mínima que passou de 3 para 5 anos, e na multa, que aumentou bastante.

Art. 33, § 1º “ Nas mesmas penas incorre quem:

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

Não houve nada de alteração significativa

“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;”

Duas situações inovadoras: a 1ª foi o acréscimo da expressão *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*, que ficava subentendida na lei anterior e a 2ª é que a planta deve servir de matéria-prima à preparação de drogas.

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

Houve mudança no tipo quanto ao acréscimo de bens de qualquer natureza e foi suprimida a utilização para *substância que determine dependência física ou psíquica*, ficando somente típica a conduta de utilização para o tráfico de drogas, com a inclusão ainda, da expressão *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.

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.”

A mudança significativa foi no montante da pena, que diminuiu muito, pois na Lei nº 6.368/76 era equivalente ao “caput” de seu art. 12.

Art.330, § 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.”

Este parágrafo é novidade, tipificando a conduta que ficou conhecida como o “traficante ocasional”, o qual ora vinha tratado como traficante, ora como usuário pelos Tribunais.

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.”

Também inovação que possibilita a diminuição da pena. Deve ser usada com bom-senso pelo magistrado a fim de não beneficiar pessoas imerecedoras do instituto.

“Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

Modificação apenas na pena de multa, que subiu bem.

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.”

Sem alterações de relevo, senão aumento da multa e o parágrafo único.

“Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.”

Tipo novo, com o fim de coibir a atividade de lavagem de dinheiro e outros bens ou valores. Certamente irá constituir concurso de crimes.

“Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.”

Outra inovação. Pune o indivíduo que não “põe a mão na massa”, porém atua prestativamente para os crimes de tráfico ou preparação de drogas.

“Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

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

Único tipo culposo da lei. Houve modificação redacional acrescentando-se a expressão *sem que delas necessite o paciente*. Logo, se o agente agir culposamente, mas o paciente necessitar da droga e não houver prescrição excessiva ou em desacordo, parece ficar atípica a conduta. Ex: o paciente recebendo doses a menor poderá apenas configurar desídia profissional. O novo tipo omitiu a qualificação do sujeito ativo, que antes era médico, dentista, farmacêutico e profissional de enfermagem. Assim, poderão estar incluídos outros profissionais, desde que também possam de modo regulamentar, prescrever ou ministrar.

“Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo

mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

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

Tipo específico de embriaguez ao volante para o consumo de drogas, revogando-se, com isso, para o agente que consumiu drogas, o art. 306, do Cód. de Trânsito Brasileiro. Mas, ao que consta, exige o perigo efetivamente demonstrado.

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

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

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

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

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

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.”

Importante se ter em conta que as causas de aumento são apenas para os arts. 33 a 37. Os incs.IV, V, VI e VII não existiam tal qual agora dispostos. O inc. III teve acréscimo de situações (ex: unidades policiais, serviços de reinserção e transportes públicos). Poderia a lei também ter incluído como causa de aumento as condutas em quaisquer logradouros públicos.

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

Manteve a lei o instituto da delação premiada.

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

Requer o artigo, que o magistrado sobreponha a substância sobre os demais requisitos quando da fixação da pena. Assim, deverá se pautar, ainda, pelos critérios qualitativos e quantitativos da droga.

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento

condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

Vai continuar a polêmica sobre a constitucionalidade da proibição à liberdade provisória. Como a lei vedou o *sursis*, por interpretação teleológica, também estão vedadas as penas substitutivas.

“Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.”

Também permanece a dúvida: a medida de internação será possível? E a isenção de pena se reflete em todos os crimes desta lei ou também para os demais do Código Penal e outras leis extravagantes?

“Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Mais um caso de dúvida remanescente: a medida de internação será possível? E a isenção de pena se reflete em todos os crimes desta lei ou também para os demais do Código Penal e outras leis extravagantes?

No contexto processual as modificações foram em menor grau. O art 48 expressa que nas condutas do art. 28, será aplicado o procedimento da Lei nº 9.099/95, vedada a detenção do agente.

A lei ora fala em autoridade policial, ora em autoridade de polícia judiciária, para ação nas situações preliminares. Parece que o legislador quis evitar a atuação procedimental formal por parte de policiais, senão do próprio delegado de polícia.

Art.48,§ 5o “Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.”

Estão proibidas, pelo que faz entender a lei, por extensão, a aplicação de penas outras que não as previstas nela própria. Assim, não há imposição de qualquer prestação pecuniária originariamente, como possível na Lei nº 9.099/95.

Como diz o art. 51, o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto e podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia.

No corpo procedimental não ocorreram inovações significativas, sendo praticamente reproduzido o rito da Lei nº 10.409/02. No art. 59 se manteve a proibição, para os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei, de o réu poder apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

De se observar que, em face de as normas processuais valerem de imediato à vigência da lei, todos os procedimentos em curso deverão correr pela liturgia do novo diploma legal, aproveitando-se os atos até então já realizados. E não se pode esquecer que ocorrerá *abolito criminis*, total ou parcial, dependendo de como se considerar a classificação técnico-penal

da conduta, com nuance acentuado para os episódios do art. 16, da Lei nº 6.368/76, em face do novo art. 28.

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

A Lei nº 11.343/06 foi publicada em 24 de agosto de 2006 e terá vigência após 45 dias da publicação.

Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/75/2875/> >. Acesso em: 14/09/2006