



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

**A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

***THE (IN) EFFECTIVENESS OF THE APPLICATION OF THE WARNING PENALTY FOR DRUG USERS AT THE HEADQUARTERS OF SPECIAL CRIMINAL COURTS IN THE NATIONAL LEGAL ORDER***

***LA (IN) EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD DE ADVERTENCIA A LOS USUARIOS DE DROGAS AL RESPECTO DE LOS TRIBUNALES PENALES ESPECIALES EM EL ORDEN LEGAL***

Victoria Maria Argolo Cabral<sup>1</sup>, Cecilio Argolo Junior<sup>2</sup>

Submetido em: 05/04/2021

Aprovado em: 25/04/2021

### RESUMO

O presente estudo analisa a (in) suficiência do propósito da pena de advertência no que diz respeito ao confronto com o uso de drogas ilícitas em sede de Juizados Especiais Criminais. Para isso, investigou-se o tratamento dado ao usuário de drogas, a fim de compreender os motivos da (in) eficácia da aplicabilidade dessa pena, bem como de comparar a antiga e a atual Lei de Drogas, na procura de uma melhor maneira de proceder em relação a essa punição. O desenho metodológico foi construído a partir de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa, descritiva, analítica e com teor crítico. No desenvolvimento do artigo, foram apresentados e identificados aspectos controversos da pena de advertência, demonstrando os efeitos jurídicos e sociais da sua ineficácia em sede de Juizados Especiais Criminais para o ordenamento jurídico nacional. Como conclusão, constatou-se a insuficiência da aplicação da pena de advertência, chamando atenção para a necessidade de cumulação com outras penas, com o intuito de contribuir para o aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Drogas. Lei nº 11.343/2006. (In) eficácia. Juizados Especiais Criminais. Punição.

### ABSTRACT

*The present study analyzes the (in) sufficiency of the purpose of the warning penalty with regard to the confrontation with the use of illicit drugs in the headquarters of Special Criminal Courts. To this end, we investigated the treatment given to drug users, in order to understand the reasons for the (in) effectiveness of the applicability of this penalty, as well as to compare the old and the current Drug Law, in the search for a better way to proceed in relation to that punishment. The methodological design was built from a bibliographic, qualitative, descriptive, analytical and critical analysis. In the development of the article, controversial aspects of the warning penalty were presented and identified, demonstrating the legal and social effects of its ineffectiveness in the Special Criminal Courts for the national legal system. As a conclusion, it was found that the warning penalty was insufficient, calling attention to the need for cumulation with other penalties, in order to contribute to the improvement of the country's legal system.*

**KEYWORDS:** Drugs. Law No. 11.343/2006. (In) effectiveness. Special Criminal Courts. Punishment.

<sup>1</sup> Possui graduação em Curso de Direito pela União Metropolitana de Educação e Cultura (2018). Excelente capacidade de análise, escrita e raciocínio. Reconhecida pelo profissionalismo, dedicação, responsabilidade, rápido aprendizado e pelos resultados obtidos. Alta capacidade de cumprir prazos e solucionar conflitos.

<sup>2</sup> Professor do Ensino Superior (graduação e pós-graduação). Membro do Comitê de Comunicação da World Society of Victimology (Sociedade Mundial de Vitimologia). Mestrado em Pesquisa em Saúde (CESMAC, Maceió/AL). Mestrado em Direitos Fundamentais (UNAMA, Belém/PA). Especialista em Revisão Textual e Normas da ABNT pela Faculdade Integrada de Brasília (FABRAS, Brasília/DF). Bacharel em Psicologia e Psicólogo Clínico. Bacharel em Direito. Licenciado em História. Aluno das disciplinas (2021.1), Política da Criminologia e Feminismos Criminológicos, do Programa de Doutorado em Direito da UNICAP.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecílio Argolo Junior

### RESUMEN

*El presente estudio analiza la (in) suficiencia de la finalidad de la pena de amonestación con respecto al enfrentamiento con el uso de drogas ilícitas en los Juzgados Penales Especiales. Para ello, se investigó el trato dado a los usuarios de drogas, con el fin de comprender las razones de la (in) efectividad de la aplicabilidad de esta sanción, así como comparar la antigua y actual Ley de Drogas, en la búsqueda de una mejor manera de proceder en relación con ese castigo. El diseño metodológico se construyó a partir de un análisis bibliográfico, cualitativo, descriptivo, analítico y crítico. En el desarrollo del artículo se presentaron e identificaron aspectos controvertidos de la pena de amonestación, demostrando los efectos legales y sociales de su ineficacia en los Juzgados Penales Especiales para el ordenamiento jurídico nacional. Como conclusión, se encontró que la sanción de advertencia fue insuficiente, llamando la atención sobre la necesidad de la acumulación con otras sanciones, a fin de contribuir al mejoramiento del ordenamiento jurídico del país.*

**PALABRAS CLAVE:** Drogas. Ley no. 11.343 / 2006. (In) efectividad. Tribunales Penales Especiales. Castigo.

### INTRODUÇÃO

Mundialmente, o uso de drogas é um problema crônico que, naturalmente, traz consigo inúmeros infortúnios e grandes prejuízos a todos os envolvidos. No Brasil, essa realidade é crítica e vem abrindo um leque de questionamentos sobre a verdadeira função das leis pátrias diante dos efeitos nocivos causados à sociedade pelo consumo dessas substâncias.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), implementou uma forma inovadora de controle estatal no combate às drogas ilícitas, de modo que passou a tratar de forma mais distinta o usuário e o traficante. Dentre as diversas polêmicas referentes à atual legislação, destacam-se o grau de eficácia e a aplicabilidade das penas, instituídas pelo seu art. 28, que trata do porte de substâncias entorpecentes ilegais para uso próprio.

A principal inovação trazida à baila pela lei em comento foi a alteração da penalização do usuário, visto que, no passado, segundo a Lei Antidrogas de 1976, revogada, ele poderia ter sua liberdade privada, hipótese que foi veementemente ab-rogada pela Lei nº 11.343/2006. A lei em vigor, nos incisos do art. 28, determina que o usuário de drogas ilícitas deve ser submetido, inicialmente, a três tipos de sanções penais: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. O referido dispositivo preconiza, ainda, que, caso o usuário se recuse a cumprir as penas impostas, o juiz poderá submetê-lo sucessivamente a admoestação (advertência) verbal ou multa.

Tais penas, além de diminuírem a carga punitiva do crime praticado pelo usuário, retiram o seu caráter coercitivo, presente até então, com a vigência da lei anterior que tratava da matéria. O aumento do uso de drogas ilícitas na última década é prova de que as novas penas impostas aos



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

usuários não os intimidaram, causando descrédito perante a sociedade, visto que impedem as eventuais sanções penais que poderiam ser aplicadas contra eles.

Além disso, os Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, são competentes para processar e julgar as infrações de posse de drogas para consumo próprio. Nesse contexto, por se tratar de uma infração de menor potencial ofensivo, uma das sanções aplicadas por descumprimento de pena é a admoestação verbal.

Nessa senda, a punição estabelecida pelo art. 28 da Lei nº 11.343/2006 suscita muitas questões controversas, em razão da simples advertência legal não ser suficiente para combater o uso de drogas no Brasil. Diante disso, é necessário responder à seguinte pergunta disparadora: qual a verdadeira eficácia da pena de advertência determinada pela Lei nº 11.343/2006 para o usuário de drogas em sede de Juizados Especiais Criminais?

Para tanto, como meio de investigação, o desenho metodológico adotado foi construído por meio da relação intrínseca entre a teoria de abordagem utilizada e o fato estudado. Nessa diáde, o método assume função pontuada de tornar possível a abordagem da realidade, a ser feita a partir das perguntas realizadas pelo investigador (MINAYO, 2014). Nesse contexto, o delineamento do estudo foi realizado por meio de uma revisão bibliográfica, em uma pesquisa qualitativa, descritiva, analítica e crítica, condições necessárias para orientar o objeto em estudo.

Assim, este estudo tem o escopo de analisar a (in) suficiência do propósito da pena de advertência no que diz respeito ao confronto com o uso de drogas ilícitas em sede de Juizados Especiais Criminais. Para isso, especificou-se o tratamento dado ao usuário de drogas, na busca de compreender os motivos da (in) eficácia de sua aplicabilidade, como também de comparar a antiga e a atual lei de drogas, a fim de estabelecer uma melhor maneira de proceder em relação a essa punição.

### **APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA E SUA (IN) EFICÁCIA**

Drogas são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificadas em lei ou relacionadas em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. O uso dessas substâncias nocivas constitui um grave problema de saúde pública, ao trazer sérias consequências sistêmicas para os usuários e seus familiares. O tratamento é lento e bastante doloroso, pois a abstinência deixa sérias sequelas, tornando o indivíduo bastante vulnerável a possíveis recaídas (MARQUES; CRUZ, 2002). Porém, segundo a Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006), esse entendimento acerca do consumo de drogas é recente.

A antiga Lei nº 6.368, de 23 de setembro de 1976, conhecida como Lei de Tóxicos, objetivava a repressão ao uso e ao tráfico e previa a possibilidade de internação compulsória de



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

dependentes. Esse diploma expunha a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, além de dar outras providências. Com isso, obteve-se o marco inicial para a Lei de Drogas que temos atualmente. A Lei nº 6.368/1976 estabelecia o direito material (definia crimes) e direito processual (procedimentos), mas, com a evolução da sociedade, precisou ser alterada.

Posteriormente, em 11 de janeiro de 2002, foi promulgada a Lei nº 10.409, que abordava a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilegais, que causam dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dava outras providências. Com essa lei, o direito material referente aos crimes foi vetado, logo, apenas foi aplicado o seu procedimento aos crimes da lei anterior (Lei nº 6.368/1976).

Depois, mais precisamente em 23 de agosto de 2006, houve a implementação da atual Lei de Drogas vigente no país, a Lei nº 11.343, que instituiu o SISNAD, além de prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definir crimes e dar outras providências. A nova lei aplica-se totalmente à matéria, tanto em seu direito material quanto em seu direito processual, revogando as duas leis anteriores.

A nova Lei de Drogas, em vigor, estabeleceu políticas que preconizam um sistema de orientação aos Estados e a integração de suas políticas públicas, além de propor uma distinção na maneira de lidar com usuários e traficantes. Antes, na antiga lei, já se fazia uma diferenciação entre usuário e traficante, porém ambos poderiam ser punidos com a pena de reclusão. Hoje, com a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), mantém-se essa separação entre usuário e traficante, mas somente o traficante pode ser punido com a pena de reclusão, não mais o usuário. Este é convidado a comparecer à presença do juiz e cumprir a medida educativa que está prevista no art. 28 da lei supracitada. Então, apesar de o porte de droga para uso pessoal ainda ser considerado crime, o usuário não é mais levado à prisão.

Diante disso, toda essa flexibilidade na Lei de Drogas, ao separar o usuário do traficante, apresenta pontos positivos, pois alguns usuários conseguem, de fato, se recuperar da dependência química. Entretanto, o Estado não deve proteger o usuário como se vítima fosse, pois, o resultado das suas ações é sofrido por todos os cidadãos dentro da sociedade. Atualmente, o corpo social sente as consequências desse uso indevido das drogas, é a dura realidade de um povo que não sabe onde buscar apoio para resolver um dos maiores problemas de todos os tempos. Por isso, a cada dia, a discussão sobre esse assunto se torna mais intensa e necessária para a busca por uma sociedade mais segura e com mais qualidade de vida.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

A tentativa de combater o avanço acelerado desse mal não é nova e mostra a ausência de medidas satisfatórias até então, pois a população continua refém da violência causada pelos traficantes e usuários, que controlam e consomem, respectivamente, todo tipo de droga ilícita que circula no país. O Estado, aparentemente, se mostra desinteressado em enfrentar uma das maiores adversidades no Brasil, o que pode ser observado na fala de alguns políticos, que ainda insistem em dizer que esse problema diz mais respeito à família do que à sociedade como um todo. O psiquiatra Carlos Jorge Monteiro concorda com esses governantes quando afirma que:

Para que haja a recuperação e a ressocialização desses indivíduos é necessária e fundamental a participação da família. Primeiro é preciso entender que dependência química é uma doença que precisa ser compreendida e tratada como tal. Ser dependente não é falta de caráter e sim uma doença que necessita de tratamento

Nesse sentido, de acordo com Monteiro, “[...] é na família que devemos encontrar o apoio para as ações preventivas e para as intervenções em relação ao uso das drogas”. A participação da família na luta contra esse “câncer das drogas” inserido na sociedade é fundamental, porém, trata-se de uma tarefa que deve ser feita em conjunto. Portanto, é mais que necessária a participação do Estado nesse combate, visto que não basta somente ter ideias, é pertinente ter ações; caso contrário, não passarão de meras utopias e o problema não será resolvido.

Para uma melhor compreensão do tema, é importante ressaltar que drogas são, para os fins legais, o que está previsto no art. 1º, Parágrafo Único, da Lei nº 11.343/2006:

Parágrafo Único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (BRASIL, 2006, p. 1)

Ou seja, para que um produto seja classificado como droga, precisa preencher dois requisitos: conter o princípio ativo (capacidade para causar dependência física ou psíquica) e constar em uma lista legal ou regulamentar na qual são enumeradas as substâncias consideradas drogas. Essa lista é regida pela Portaria nº 344 de 1998, do Serviço de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Então, para constatar se ocorreu tráfico ou porte de droga para uso, deve-se observar esses requisitos e detectar a presença de ambos.

Luís Flávio Gomes (2006) entende que quem porta drogas para uso pessoal privado não danifica a saúde física de terceiros, e sim a sua própria saúde; logo, o Supremo Tribunal Federal deve decidir se o usuário é ou não criminoso. Assim, é preciso considerar que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 tem o objetivo jurídico de proteger a Saúde Pública e, secundariamente, proteger a saúde do usuário. Essa observação é fundamental, pois a lei não incrimina o uso da droga, tendo em vista que esse uso é um fato atípico. Em razão do Princípio da Alteridade existente no Direito Penal,



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

portanto, a lei não pune o infrator que faz mal apenas a si mesmo, pune somente o porte da droga, que gera o perigo social resultante de sua possibilidade de circulação.

O art. 28 da Lei 11.343/2006 contém, ainda, três tipos de penas: a advertência ou admoestação verbal, a prestação de serviços à comunidade no prazo máximo de cinco meses (primário) ou dez meses (reincidente) e a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo no prazo máximo, também, de cinco meses (primário) ou dez meses (reincidente). Essas penas podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, a critério do Juiz.

Se o sujeito se recusar a cumprir tais penas, o Juiz pode submetê-lo novamente à admoestação verbal e, no máximo, ao pagamento de uma multa. Ressalta-se que, com a aplicação da pena de advertência, a legislação penal perdeu a sua força retributiva e preventiva, porque os usuários não se sentem obrigados a cumprir as penas. Nesse sentido,

a advertência ou admoestação não preenche nem com conteúdo as características da pena, que são retribuição e prevenção, tendo em vista a teoria da união, que parte da ideia 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. (CARVALHO, 2008, p. 112).

Sendo assim, ainda segundo Carvalho (2008, p. 112),

[...] 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 a 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.

Com base nesse entendimento, salienta-se que a pena de advertência ou de admoestação verbal define e vulgariza o Direito Penal. Considerando que não mais se pune o uso de droga com pena privativa de liberdade, surge a seguinte dúvida jurídica: a impossibilidade de aplicação de prisão leva à descriminalização do porte de drogas para uso? Para encontrar a resposta, deve-se analisar 3 (três) correntes distintas de pensamento, quais sejam, a descriminalização, a despenalização e a descarcerização.

A primeira corrente, que adere a descriminalização, tem resposta afirmativa para essa pergunta, pois, apesar de não ser majoritária, defende a posse de drogas para uso pessoal. Cabe destacar que descriminalizar implica que a conduta, apesar de ilícita, deixe de ser tipificada como



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

crime (GOMES *et al*, 2006). Assim, essa corrente apoia os argumentos no art. 1º da Lei de Introdução Penal, ao considerar

[...] o crime a infração penal a qual 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 multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941, p. 01)

A segunda corrente, por sua vez, adere a despenalização e tem resposta negativa à pergunta. Para Gomes *et al* (2006), despenalizar não significa retirar o caráter ilícito de uma conduta, mas apenas abrandar o tratamento penal dispensado para tanto, suavizando o uso da pena de prisão. Com isso, segundo os autores, apesar do abrandamento no tratamento dispensado ao sujeito ativo, o fato não perde o caráter de infração penal.

Essa corrente é adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que defende que, segundo o art. 28 da Lei de Drogas, o porte de droga para uso próprio não deixou de ser crime nem perdeu seu caráter ilícito, embora tenha ocorrido uma amenização no resultado penal do indivíduo que incidir nas condutas descritas no artigo citado. Consoante a Lei nº 11.343/2006, não há qualquer possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade para o indivíduo que comete os verbos do art. 28 ou para quem pratica conduta equiparada, o que requer a adoção de medidas alternativas. Portanto, não ocorre a descriminalização, mas somente a despenalização da conduta.

A terceira corrente, majoritária, adere a descarcerização. A descarcerização, de acordo com Sampaio (2006), indica a permanência da figura típica e a incidência do preceito secundário. Entretanto, face à mínima necessidade da intervenção por parte do Estado, objetiva-se afastar a incidência da pena privativa de liberdade; logo, a terceira corrente entende que não houve descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Para essa corrente, apesar de a conduta ser punível, não cabe pena privativa de liberdade.

O art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não prevê pena privativa de liberdade, considerando que se trata de um crime de menor potencial ofensivo, logo, de competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM). Nesse sentido, o processo e o julgamento do porte de Drogas para consumo pessoal são feitos com fulcro no inciso I do art. 98 da Constituição da República Federativa do Brasil e nos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099/1995.

O procedimento em caso de posse para consumo pessoal ocorre em algumas etapas. Inicialmente, verifica-se e efetua-se a interrupção da atividade criminosa prevista no art. 28 da Lei de Drogas, a partir da interferência de um policial que pretende findar o delito. É importante destacar que não se deve remeter o usuário de drogas a prisão em flagrante, pois, como foi visto, a posse não prevê pena privativa de liberdade, logo, não cabe a possibilidade de flagrante, que é vedada pela lei. Em seguida, a autoridade policial tipifica a conduta, apresenta a ocorrência e define o agente como



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

usuário, por possuir droga para consumo pessoal. Posteriormente, é feita a lavratura do termo circunstanciado pela autoridade policial e o encaminhamento do autor do fato ao Juizado Especial Criminal, ou, na falta deste, lavratura de termo de compromisso para se fazer presente.

Nos Juizados Especiais Criminais, ocorre a apresentação imediata ao juiz de direito e a realização da audiência preliminar, com a presença do autor do fato e do seu defensor. O Ministério Público pode propor a transação, que deverá restringir-se à aplicação da pena de advertência, prestação de serviço à comunidade ou comparecimento à programa ou curso educativo. Se aceita a proposta de transação pelo autor do fato e por seu defensor, desenrola-se a homologação do juiz e a imposição da pena.

Com a escolha da aplicação da pena de advertência, o autor do fato vai até o Juizado Especial Criminal, recebe uma singela repreensão e é liberado; desse modo, não se sente forçado a deixar de praticar o ato ilícito. Infere-se, então, que esse tipo de pena é muito brando e ineficaz, pois faz com que o Judiciário movimente toda a sua máquina e, mesmo assim, não consiga alcançar o objetivo almejado, qual seja, punir a posse da droga pelo usuário para consumo pessoal. Portanto, “as falhas na Lei Antidrogas dificultam sua eficácia e resultados satisfatórios, o que de certa forma fragiliza e banaliza a Lei e o Poder Judiciário” (COUTINHO JUNIOR, 2013), ou seja, a não aplicação adequada dessa lei prejudica a jurisdição brasileira.

Nesse sentido, Mendonça e Carvalho (2008) afirmam que a redação dada ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006 pode ser uma maneira de diferenciar as condutas do traficante e do usuário. Nesse dispositivo, o julgador deve se ater ao disposto no § 2º, que diz respeito “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”. Contudo, segundo Mendonça e Carvalho (2008), mesmo que tal dispositivo fuja da regra geral, a redação exposta não pode ser considerada uma norma penal incriminadora, visto que a conduta é descrita de forma objetiva e impõe uma sanção de natureza penal, mesmo que não apareça o elemento culpável que prive a liberdade do agente.

Uma das maiores mudanças da nova Lei Antidrogas, em relação à legislação de 1976, é a total rejeição de privação da liberdade como forma de punir o agente que apresenta conduta estipulada no art. 28 do diploma de 2006. João José Leal (2007) alega que, com o advento do § 2º do mencionado artigo, o indivíduo que estiver apenas portando substância entorpecente com objetivo de consumo pessoal jamais será privado de sua liberdade. Segundo o autor, no atual diploma, houve a implantação do que é chamado de descriminalização branca, ou seja, não é apresentada uma descriminalização total do uso de drogas. Isso acontece porque a lei não prevê sequer a prisão do reincidente na conduta estipulada no art. 28, nem mesmo diante do descumprimento das sanções decorrentes dessa conduta, ainda que isso possa acabar levando à falta de controle por parte do Estado.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

De acordo com Leal (2007), a atual Lei Antidrogas teria criado uma nova espécie de infração penal, a qual não se encaixa na classificação legal de um crime ou de contravenção penal, o que leva à conclusão de que o esse diploma teria criado uma “infração penal inominada”. Dessa forma, o autor acredita que a conduta estipulada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não se trata de crime nem ao menos de uma espécie de contravenção penal. Seria, então, uma nova forma de infração à norma, que não estaria dentro dos moldes de nenhuma outra norma penal. Em suma, ao explicar que a atual Lei Antidrogas teria criado uma terceira espécie de infração penal que se distingue do crime e da contravenção penal, Leal (2007) afirma que:

[...] a Lei de Antidrogas criou uma nova infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal. Criou, simplesmente, uma infração penal inominada, punida com novas alternativas penais e isto não contraria a diretiva genérica de classificação das infrações penais, emanada do referido dispositivo da Lei de Introdução ao Código Penal.

Guilherme de Souza Nucci (2006) destaca que se mantém uma definição de crime no art. 28 da Lei de Drogas, no entanto, o dispositivo se inclui em uma espécie específica, qual seja, “[...] de crime de ínfimo potencial ofensivo, em vista do tratamento mais brando conferido pela lei” (SOUZA NUCCI, 2006, p. 369).

A linha da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal também é comentada por Luiz Flávio Gomes (2006), que afirma que o art. 28 da Lei de Drogas tornou extinto o fato criminal do ato de usar ou portar substâncias entorpecentes para consumo pessoal. No entanto, a conduta continua sendo um ilícito penal, visto que o diploma não deixou de punir os infratores e o “art. 28 não foi retirado do mundo do Direito penal”. Portanto, o autor afirma que uma das principais mudanças da antiga lei para a atual lei diz respeito à “descriminalização” da conduta do usuário, dependente ou portador de substâncias tóxicas, *in verbis*:

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente ‘crime’, mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização (formal) e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas. (GOMES, 2006)

Após analisar os textos normativos da Lei de Introdução ao Código Penal e o Código Penal, Gomes argumenta que, caso uma conduta resulte em infração penal cuja pena aplicada seja a restrição de liberdade, tal pena não é adotada para punir a conduta delituosa do porte de drogas para uso próprio. Teria, então, ocorrido uma descriminalização formal. Segundo o autor, tal comportamento não se enquadraria nos tipos de condutas que desencadeiam uma contravenção



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

penal, já que esta teria como principal característica impor a prisão simples ou o pagamento de multa. Para o autor, a conduta também não poderia ser qualificada como ilícito administrativo, uma vez que as sanções apresentadas no art. 28 da Lei de Drogas são aplicadas pelo judiciário e não por uma autoridade administrativa. Por fim, Gomes (2006) salienta que, pelo fato de não ser considerada crime nem contravenção penal, embora ainda seja prevista no direito penal, a mencionada conduta seria uma infração penal *sui generis*, ou seja, única em seu gênero.

Por sua vez, Sérgio Ricardo de Souza (2007) ressalta a possibilidade de serem adotadas até cinco formas diferentes de penas para os crimes com previsão da norma penal, a saber: restrição de liberdade, multa, perda de bens, suspensão ou restrição de direitos e prestação social. O autor lembra, ainda, que todas essas penas estão previstas no art. 5º do texto constitucional, o que amplia o rol de alternativas de penas a serem adotadas, conforme estabelecido na Lei de Introdução ao Código Penal.

Nesse viés, Souza (2007) alega que a Lei nº 11.343/2006 não usou, no art. 28, os métodos de descriminalização das condutas delituosas previstas, visto que o legislador optou por despenalizar de forma moderada e gradativa no mencionado diploma. Apesar de não deixar de notar no texto a conduta delituosa, o art. 28 banuiu completamente a opção de pena de cárcere privado para a conduta do mencionado dispositivo. De acordo com o autor, surgiu, então, uma nova forma de “apenamento”, a qual se tornou uma nova alternativa no que se refere ao tratamento aplicado ao usuário de substâncias entorpecentes. Contudo, Souza (2007) não deixa de mencionar a sanção penal moderada como alternativa de pena, com amparo na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988. A mencionada Convenção, segundo o autor, possibilita que os países signatários caracterizem como conduta delituosa o uso ou posse de drogas para consumo pessoal, propondo, ainda, medidas educativas, reabilitação e acompanhamento de dependentes.

Além disso, Vicente Greco Filho (2009) alega que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não tem caráter de descriminalizar ou despenalizar a lei. Ele argumenta que a Lei de Introdução do Código Penal de 1941 não podia prever as mudanças na atual Lei de Drogas, mas nem por isso a lei posterior de mesmo sentido hierárquico ficaria impedida de inovar, dentro dos limites estabelecidos pelas normas vigentes, pois as penas previstas na atual Lei de Drogas são específicas e próprias, além de respeitarem a hierarquia da Carta Constitucional vigente.

Diante de tudo que foi dito, nota-se que os doutrinadores supracitados fizeram menção às mudanças do novo diploma legal em relação ao tratamento dado ao usuário e ao portador de drogas para consumo pessoal. Luiz Flavio Gomes (2006) afirma ter ocorrido a descriminalização, considerando que a conduta não foi retirada da esfera do Direito Penal, no entanto, não poderia ser classificada como uma contravenção penal, segundo a Lei de Introdução ao Código Penal.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

Por sua vez, João José Leal (2007) classifica a questão como uma “descriminalização branca”, resultando em uma infração penal inominada. Porém, predomina o entendimento majoritário de que não é possível uma terceira espécie de infração penal, por não existir base nem previsão normativa para isso.

Contudo, acredita-se que a melhor ressalva foi levantada por Cezar Bitencourt (2011), que alega que não houve a descriminalização da lei no dispositivo que se refere às condutas de usar e portar drogas para consumo pessoal, já que tais comportamentos não são considerados infração penal, conforme estipulado no diploma legal, que propõe que seja aplicada uma sanção para ambas. Por fim, Bitencourt (2011) afirma que a nova lei gerou apenas o afastamento da pena de restrição da liberdade, porém ainda há formas de punir quem transgride a norma, as quais estão elencadas no art. 28 da Lei de Drogas.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação bibliográfica mostrou que a pena para a conduta estipulada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não está prevista no texto da Lei de Introdução ao Código Penal de 1941; entretanto, isso não é motivo para que tal dispositivo seja afastado do sistema penal criminal. Ademais, a Parte Geral do Código Penal e a Constituição Federal sustentam a legalidade das condenações elencadas pelo art. 28, as quais estão dentro dos parâmetros de sanções com caráter penal, pois encontram previsão no inciso XLVI do art. 5º da Magna Carta, que aduz as seguintes possibilidades de penalização: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

No que se refere à natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, espera-se que esse comportamento seja considerado crime, com todas as decorrências que podem proceder de tal fato. O modo como é apresentada a conduta de posse de drogas para consumo pessoal, na atual Lei de Drogas, deixa explícito que tal conduta, conforme o art. 28, continua sendo criminosa. Sendo assim, existe a possibilidade de punir um crime apenas por meio de penas alternativas.

Além disso, ao examinar as colocações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que a conduta de portar substâncias entorpecentes para uso pessoal é de natureza penal, cujas consequências jurídicas criminais estão expostas na Lei nº 11.343/2006. Com base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao porte de drogas para consumo pessoal (típica conduta do art. 28 da referida lei), constata-se que ocorreu a despenalização, isto é, a redução e substituição da pena aplicada ao usuário. Apesar disso, reitera-se que o crime continua existindo na tipificação legal. Substitui-se, dessa forma, a pena privativa de liberdade por outras modalidades de penas restritivas de direitos, a saber, advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecílio Argolo Junior

Como analisado, somente a pena de advertência, que é concedida em sede de Juizados Especiais Criminais, é ineficaz para o usuário, havendo, assim, a necessidade da cumulação das penas. Com a aplicação, também, da pena de comparecimento em curso ou programa educativo, os métodos de educação e esclarecimento devem levar em consideração que, muitas vezes, o frequentador não está presente de forma voluntária. Logo, deve-se adotar modos educacionais variáveis, para se adaptar ao objetivo maior, qual seja, a prevenção. Porém, cabe ressaltar que a medida de comparecimento a curso ou programa de cunho educativo não terá resultado caso falte controle e supervisão adequada das autoridades competentes.

Assim, conforme análise apresentada e em resposta à pergunta introdutória, o que se conclui é que somente a pena de advertência, aplicada nos Juizados Especiais Criminais, não é eficaz para a prevenção dos usuários quanto ao uso e ao porte de drogas. Portanto, deve-se cumular tal pena com outras, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Essas penas, que estão previstas nos incisos II e III, respectivamente, do art. 28, devem ser aplicadas respeitando os objetivos essenciais da Lei nº 11.343/2006, a saber, buscar a prevenção, o tratamento e a educação, além de outros meios de combate ao uso de drogas, dando maior atenção ao usuário de substâncias entorpecentes.

### REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília: Casa Civil, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Brasília: Casa Civil, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. 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; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 6.348**, de 7 de julho de 1976. Revogada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio 1996. Brasília: Casa Civil, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.409**, de 11 de janeiro de 2002. Revogada pela Lei nº 11.343, de agosto de 2006. Brasília: Casa Civil, 2006. Disponível em:



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecílio Argolo Junior

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10409.htm#:~:text=Revogada%20pela%20Lei%20n%C2%BA%2011.343.Sa%C3%BAde%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm#:~:text=Revogada%20pela%20Lei%20n%C2%BA%2011.343.Sa%C3%BAde%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.)  
Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 344**, de 12 de maio de 1998. Dispõe sobre o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília: Casa Civil, 1998. Disponível em: [https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudefegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudefegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 14 set. 2020.

CARVALHO, J. T. C. Novo paradigma de atuação do ministério público no enfrentamento às drogas. *In.: Fórum Drogas, Justiça e Redes Sociais*. Brasília: [s.n], 2012.

COUTINHO JÚNIOR, N. O. **Controvérsias a Respeito da Eficácia da Lei Antidrogas**: uma análise dos problemas da ressocialização dos usuários dependentes de drogas no Distrito Federal, no período de 2006 a 2010. Disponível em: <http://www.tjdf.tj.br/institucional/imprensa/artigos/2013/controversias-a-respeito-da-eficacia-da-lei-antidrogas-norberto-coutinho-junior>. Acesso em: 14 set. 2020.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; SANCHES, R. C.; OLIVEIRA, W. T. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; SANCHES, R. C.; OLIVEIRA, W. T. **Nova Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo**: Lei 11.343/06 de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b.

GOMES, L. F. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, L. F. **Nova Lei de Drogas**: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. São Paulo: LFG, [s.d.]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 14 set. 2020.

GOMES, L. F. **STF dirá que “usuário” de drogas não é criminoso?** São Paulo: Instituto Luiz Fávio Gomes, 2020. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/stf-dira-que-usuario-de-drogas-nao-e-criminoso/>. Acesso em: 14 set. 2020.

GOMES, L. F.; SANCHES, R. C. **Posse de drogas para consumo pessoal**: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa? São Paulo: LFG, [s.d.]. Disponível em: <http://lfg.com.br>. Acesso em: 14 set. 2020.

GRECO FILHO, V. **Tóxicos**: prevenção, repressão (Comentários à Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

LEAL, J. J. **Política criminal e a Lei nº 11.343/2006**: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoal de Drogas? Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 14 set. 2020.

MARQUES, A. C. P. R.; CRUZ, M. S. O adolescente e o uso de drogas. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 22, supl. II, p. 32-36, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbp/v22s2/3794.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

MENDONÇA, A. B.; CARVALHO, P. R. G. **Lei de drogas Comentada por artigo**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MINAYO M. C. S. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 14. ed. São Paulo: HUCITEC, 2014.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR

A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO  
Victoria Maria Argolo Cabral, Cecilio Argolo Junior

MONTEIRO, C. J. **Especialistas contam dramas causados nas famílias pelo consumo de drogas.** Disponível em:

<http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=3721&msg=Especialistas%20contam%20dramas%20causados%20nas%20fam%EDlias%20pelo%20consumo%20de%20drogas>. Acesso em: 14 set. 2020.

SAMPAIO, D. **Inovação Legislativa do Uso de Drogas diante de uma Visão Processual – Nova Medida Descaracterizadora.** 2006. Disponível em:

[http://www.cej11deagosto.com.br/arquivo7\\_denis\\_sampaio.htm](http://www.cej11deagosto.com.br/arquivo7_denis_sampaio.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

SOUZA NUCCI, G. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, S. R. **A nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2007.