

# **Controle Jurisdicional da Instituição de Tipos Penais**

## **- Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006**

*Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*

*Juiz de Direito*

*Doutor pela UERJ*

*Mestre pela PUC-RJ*

*Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho*

*Juíza de Direito*

*Paula Castello Branco Camargo*

*Estagiária da EMERJ*

### **I. Introdução**

O atual momento da política criminal brasileira é bastante delicado em razão de uma sucessão de leis penais e processuais penais nas quais não se consegue extrair uma clara e segura diretriz de política criminal.

As sucessivas leis criminais, que estão sendo feitas à margem dos códigos, e que, na maioria das vezes, rompem com as diretrizes neles consagrados, acabam por esgarçar, desfigurar o sistema, demandando um intenso trabalho criativo da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência para recriar um sistema operativo capaz de resolver adequadamente os casos submetidos aos tribunais de uma maneira isonômica.

Os tipos penais são definidos sem a devida atenção aos valores constitucionais. As penas são abstratamente fixadas sem um critério uniforme, compreensível e justificado. As diferenças nas cominações abstratas de penas causam conseqüências processuais relevantes, como o da competência e do rito

processual a ser adotado, com repercussões sérias no exercício da defesa e no estatuto da liberdade<sup>1</sup>.

Tudo isso demonstra a inafastável necessidade de controlar a constitucionalidade da atividade legislativa no tocante à definição de tipos penais e na cominação de sanções penais.

A Lei nº 11.343/2006, ainda que tenha o grande mérito de afastar, definitivamente, a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de substância entorpecente, também padece de alguns problemas de natureza constitucional. No âmbito desse trabalho enfocaremos apenas o artigo 28 da Lei citada à luz da Constituição e no contexto da própria legislação.

## **II. Premissa Fundamental: O Legislador Penal não Tem um Cheque em Branco**

A doutrina constitucional tem discutido as duas dimensões do princípio da proporcionalidade: de um lado a proibição de excesso; de outro, a proibição de proteção deficiente. A primeira dimensão importaria em restrições à intervenção estatal excessiva e nos direitos fundamentais. A segunda, em violação dos direitos fundamentais pela omissão do Estado em protegê-los eficazmente.

Aqui, importa a primeira dimensão. Quanto à segunda, remete-se à doutrina<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Pense-se, como exemplo, nos crimes hediondos e a proibição da liberdade provisória para determinados crimes. Ou na lesão corporal culposa, no trânsito, com ou sem a presença de causas de aumento de pena, o que influenciará na competência, ou não, dos Juizados Criminais, e no rito mais ou menos concentrado. O mesmo acontece em uma infinidade de outros casos: a calúnia, com ou sem a majorante do artigo 141 do C. Penal; a lesão corporal em circunstância de violência doméstica praticada contra homem e a praticada contra a mulher, etc.

<sup>2</sup> Ver SARLET, Ingo Wolfgang – Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, março-abril de 2004, Ed. Revista dos Tribunais; STRECK, Lênio Luiz – Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade, Revista JurisPoiesis, p. 225/256, ano 8, nº 7, 2005.

Parte-se de uma premissa fundamental: o legislador penal não tem um cheque em branco. Ele não pode tipificar livremente condutas, sem qualquer controle e critério. Especialmente em direito penal, em que as restrições a direitos fundamentais são mais graves, ao Judiciário incumbe exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis penais.

A inconstitucionalidade da lei penal não se manifesta apenas quando a lei penal viola frontalmente a Constituição, mas, também, quando não valora adequadamente os bens constitucionais; quando não tem racionalidade ou razoabilidade; quando as medidas por ela adotadas não são proporcionais.

Ao definir como típica uma conduta, o legislador concretiza uma ponderação entre os vários e possíveis direitos fundamentais que podem estar em choque. Essa ponderação precisa estar racionalmente justificada; caso contrário, a ponderação legal deve ser afastada pelo Judiciário.

Além disso, a própria utilização do direito penal não pode ser maximizada em razão do direito geral de liberdade, princípio reitor das constituições democráticas e também da brasileira. A atuação do direito penal só se justifica quando ele for a *ultima ratio*, a última medida para lidar com a conduta agressiva aos valores da sociedade.

Nesse sentido, leciona Luiz Luisi:

*“É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções...”*

*E sendo a reação penal a ultima ratio, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser proporcional, ou seja, estrita e evidentemente necessária”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> Bens Constitucionais e Criminalização, Revista Eletrônica do Conselho da Justiça Federal nº 5, <http://www.cfj.gov.br/Publicações>.

Por um outro ângulo, que também deságua no mesmo raciocínio antes desenvolvido, cuida-se de um bem jurídico penal constitucional e valorativo, cuja violação seja grave o suficiente para legitimar a sanção penal. Luiz Regis Prado compartilha da idéia de bem jurídico penal com esse sentido constitucional e valorativo, tanto que afirma que *“a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”*. No pensamento democrático, acrescenta, *“a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade”*.<sup>4</sup> E, mais adiante, conclui que:

*“por essa doutrina, a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem na Carta Magna”*<sup>5</sup>.

Não é, portanto, só na lei penal, que se deve iniciar o estudo acerca da criminalização de determinadas condutas.

Especificamente quanto ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, é preciso antes identificar os direitos fundamentais envolvidos e compreender o alcance da ponderação feita pelo legislador ao criminalizar as condutas descritas. No caso, os valores em colisão seriam o direito geral de liberdade e o direito à saúde pública, que é o bem jurídico pretensamente tutelado pela norma penal.

O legislador brasileiro, diante de tal colisão, tem feito preponderar o segundo deles. Assim já ocorria ao tempo da lei anterior (Lei nº 6.368/76). Indicativo de tal ponderação de bens era a criminalização do uso de substância entorpecentes, prevendo-se a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa (artigo 16). A opção pela pena de privação da liberdade era indicativa do

---

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. São Paulo: RT. 2ª edição, 1997, p. 63/64 e 72/73.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 76/77.

peso consideravelmente maior atribuído pelo legislador ao princípio da saúde pública.

Esse peso maior, perceptível pela intensidade da repressão penal, desapareceu com a edição do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, como se verá.

### **III. O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e o Princípio da Ofensividade**

Assentada aquela premissa fundamental, cumpre, agora, verificar se o tratamento legal das condutas descritas no artigo 28 da lei citada preenche os parâmetros constitucionais. Vejamos o dispositivo legal:

“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 da droga;
- II- prestação de serviços à comunidade;
- III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Para o caso de descumprimento de tais medidas por parte do autor do fato, a lei prevê as seguintes consequências:

“Art. 28 (...)

§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.”

Como se vê, não é tão nítida assim a precedência que o legislador pretendeu dar ao direito à saúde pública. A intervenção na liberdade de quem usa substância entorpecente foi bastante reduzida, eliminando-se qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade. A reação do direito é, assim, menos intensa, menos gravosa, com o que se demonstra que não há uma distância muito grande, em termos de ponderação de bens, entre o direito de liberdade – que é o bem restringido - e o da saúde pública – que é o bem protegido. O modelo de pena adotado pelo legislador é indicativo dessa pequena preferência concedida à saúde pública.

Contudo, mesmo a intervenção mínima precisa estar justificada racionalmente. Não pode ocorrer restrição no direito geral de liberdade, ainda que mínima, sem que exista uma razão plausível. Sobre o tema manifestou-se Robert Alexy:

*“...el principio de la libertad negativa exige una razón suficiente para toda restricción de la libertad, es decir, también para aquellas relativamente insignificantes... Pero, ser restringido arbitrariamente en la libertad contradice la dignidad de la persona, también cuando de trata de pequeñeces...”<sup>6 7</sup>*

---

<sup>6</sup> Teoría de los derechos fundamentales, p. 347, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>7</sup> O autor comenta uma decisão do Tribunal Constitucional alemão que reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei que impunha a internação obrigatória, em estabelecimento de assistência social, de pessoas com debilidade de vontade e que corriam, por isso, o risco do abandono. Na oportunidade, citando palavras do Tribunal, o autor assinalou: “*Como el fin de la*

A razão plausível para intervir na liberdade individual, no caso examinado, não parece estar devidamente justificada. Em princípio, ainda permanece discutível, na doutrina brasileira, ser a saúde pública o bem penal tutelado pela norma. Depois, a leveza da *pena* imposta já indica a fragilização de uma preponderância da saúde pública em caso de uso de substância entorpecente. Por fim, as condutas parecem não demonstrar a ofensividade que caracterizam as infrações penais.

Ora, quando o legislador prevê, abstratamente, para condutas que deveriam ser sérias e que mereceriam a intervenção penal, a *pena* de advertência – que é a que será suficiente para o geral dos casos em que o autor do fato seja primário – e para o seu descumprimento a *pena* de admoestação, impõe-se reconhecer que tais condutas não têm a gravidade que reclama a intervenção do direito penal.

O princípio da ofensividade, decorre diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição, que impede a tipificação de condutas que não ofendam seriamente algum bem jurídico.

Além dessa menção indireta por meio do princípio da dignidade, o princípio da ofensividade foi expressamente mencionado pela Constituição, no artigo 98, I, que prescreve a competência dos Juizados Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo. Ora, se as infrações menos graves são aquelas de *menor* potencial ofensivo, daí decorre logicamente que toda infração penal precisa ser ofensiva a bens jurídicos.

Em outras palavras, as condutas referidas não têm ofensividade. Se não têm ofensividade, não se justifica constitucionalmente a sua criminalização. Eventual criminalização é um excesso que deve ser declarado pelo Judiciário.

---

*mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal', el derecho fundamental de la libertad queda afectado en su contenido esencial"* (Ibidem, p. 289).

#### **IV. O Estudo do Artigo 28 no Contexto da Lei nº 11.343/2006**

Ainda que se entenda que não houve qualquer violação à Constituição, o exame da própria lei afasta o que resta de criminalização das condutas descritas no artigo 28.

Referido enunciado normativo está alocado no Título III da Lei assim nominado: *Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas*. Já o Título IV trata da repressão à produção e ao tráfico ilícito, descrevendo figuras típicas e cominando penas.

Assim, pela localização do artigo 28, já se pode dizer que não se está cuidando de repressão penal, mas de tratamento.

Veja-se que os incisos I e III do referido dispositivo cominam verdadeiras medidas educativas, que não têm o condão de qualificar a conduta como criminosa, nem dotam o Juiz Criminal da prerrogativa de cominar-lhes pena concretamente caso julgue necessário e cabível.

Do mesmo modo, o parágrafo 6º, deste art. 28, e o artigo 29 atribuem às sanções dispostas no *caput* a natureza de medidas educativas, expressamente.

Está certo que o título do capítulo em que está inserido o dispositivo cuida dos crimes e das penas e que há referências a penas em outras passagens da lei (artigos 30 e 48, § 5º).

Ora se duas interpretações da mesma lei são possíveis, o intérprete deverá orientar-se pela solução menos gravosa ao réu, como decorrência dos princípios democráticos que governam a intervenção estatal. Há que se guiar, também, pelos princípios constitucionais que sinalizam para a não ofensividade das condutas definidas no artigo 28 e pela não proporcionalidade da alegada criminalização.

#### **V. A Escolha das Penas por Parte do Legislador**

O regramento que o legislador devia atender quando da cominação abstrata de penas e que vigorou até a Constituição de 1988 era o do artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-Lei nº 3.914/41<sup>8</sup>. O artigo 5º, XLVI, da Carta, contudo, alterou profundamente a sistemática existente, ao estatuir:

*“XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:*

- a) a privação ou restrição da liberdade;*
- b) perda de bens;*
- c) multa;*
- d) prestação social alternativa;*
- e) suspensão ou interdição de direitos”;*

Com essa alteração, tem-se pretendido sustentar a revogação do artigo 1º da Lei de Introdução, bem como a plena aptidão da *pena* de advertência como sanção penal. Quanto à primeira conclusão, realmente ocorreu a revogação, ou não recepção, do referido dispositivo legal. Quanto à segunda conclusão, impõe-se um cuidado maior.

O fato de a Constituição permitir ao legislador penal impor as sanções que expressamente mencionou, *entre outras*, não significa, mais uma vez, que o legislador tenha um cheque em branco. A liberdade do legislador penal, ainda que ampla, é controlável por outros princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma pena excessiva pode ser permitida, em princípio, pelo inciso XLVI, da Constituição, mas pode violar os princípios da dignidade e da proporcionalidade. O legislador, portanto, não está inteiramente livre.

---

<sup>8</sup> *“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou 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.”*

Além disso, nem todas as penas referidas no inciso XLVI têm natureza penal. Basta pensar nas multas e interdições administrativas. Assim, importa mais a natureza da pena do que a nomenclatura.

Daí decorre a conclusão de que a circunstância de o legislador chamar a *pena* de advertência de pena, não a transforma automaticamente em sanção penal, embora possa ser um forte indício.

Quanto às penas do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que, tanto a primeira, como a terceira sanção, não têm caráter penal. Tratam-se, na realidade, de medidas educativas, sanções de cunho administrativo, tendentes a conscientizar o usuário de drogas dos efeitos maléficos causados à saúde pela substância. Apenas a segunda sanção - prestação de serviços à comunidade -, esta, sim, poderia, em princípio, se afigurar como uma sanção penal, nos moldes do disposto no art. 43, IV, do diploma penal.

Contudo, conforme já afirmado, o próprio art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em seu parágrafo 6º, conferiu à sanção do inciso 2º natureza de medida educativa. Causaria espécie, inclusive, afirmar que um mesmo dispositivo poderia cominar sanção penal e administrativa alternativamente, motivo bastante para reforçar a caracterização da *abolitio criminis* da qual se está diante.

## **VI. A Incompetência do Juizado Criminal para Processar Infrações Administrativas**

Tratando-se de infração meramente administrativa, não pode ser submetida ao Juizado Especial Criminal, ainda que o artigo 48 da Lei se refira ao procedimento da Lei nº 9.099/95.

Novamente, há que se buscar o parâmetro constitucional. O artigo 98, I, da Constituição criou os Juizados para processarem e julgarem *infrações penais de menor potencial ofensivo*, não cogitando de infrações administrativas.

A não ser que se emende a Constituição, tal não será possível.

## **VII. A Transação Penal e as *Penas* do Artigo 28**

Embora o artigo 48, § 5º, possa pretender fazer alusão à transação penal, ao utilizar a expressão *aplicação imediata de pena prevista no artigo 28*, não parece ser o caso daquele instituto.

Na transação penal, as duas partes cedem alguma coisa. O Ministério Público abre mão da imposição de pena de prisão (artigo 72 da Lei nº 9.099/95) e da reincidência (artigo 76, § 6º, da mesma Lei) e o autor do fato dispensa um processo com todas as garantias processuais.

No caso do artigo 28 da lei em comento, em que estará cedendo o Ministério Público? A transação penal teria o mesmo objeto que a condenação penal.

Além disso, se for para somente advertir ou admoestar, o processo penal não parece ser o meio adequado e proporcional para fazê-lo, bastando que se o faça como já se faz nos maços de cigarro e nos rótulos de bebidas alcoólicas. O processo penal, assim, seria um excesso, que violaria o princípio da proporcionalidade.

Por fim, a suposta transação penal só poderia incidir nas *penas* do artigo 28 por expressa determinação do artigo 48, § 5º, não sendo possível oferecer qualquer outra modalidade de prestação.

## **VIII. O Contexto Social da Lei nº 11.343/2006**

A jurisprudência já vinha, de há muito, questionando o caráter penal do artigo 16 da Lei nº 6.368/76:

**STJ:**

*“PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE ÍNFIMA. A Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, para conceder a ordem de trancamento da ação movida em face do ora paciente – Atipicidade (Art. 16, da Lei 6.368). Concede-se a ordem de trancamento da ação penal, em face da ínfima quantidade de “maconha”, em cujo uso foi flagrado o ora paciente, configurado o chamado princípio da insignificância.” (5ª Turma, RHC 7205/RJ, Rel. Ministro José Dantas, julgado em 07/04/1998)*

**TJSP:**

*“Quantidade ínfima de maconha. Inocuidade para gerar distorções psíquicas. Fato atípico.” ( TJSP - AC 42.883 – Rel. Gonçalves Sobrinho – RJTJSP 102/451)*

*“Em 1 gr de maconha, o THC que é o seu componente responsável pela euforia corresponde à 10 mg. Destes, apenas metade é absorvida, o que é insuficiente para gerar distorções psíquicas no agente, em face do metabolismo.” (TJSP - Rel. Paulo Neves – RT 585/290)*

**TJRS:**

*“(…) Uso de entorpecente. A conduta de trazer consigo entorpecente para uso próprio não configura delito, pois ausente a lesividade. (...)” ( 8ª Câmara Cível, AC 70005160916, Rel. Rui Portanova, julgado em 07/11/2002)*

*“Apelação Crime. 1) Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta “guardar”). “Cannabis sativa” apreendida na residência do acusado. Art. 16, da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvição mantida. (Art. 386, III, do CPP) (...)” (6ª Câmara Criminal, AC 70007669427, Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 04/03/2004)*

*“ (...) Em verdade, penso que tanto o artigo 52, como a primeira parte do inciso I do artigo 118 da LEP devem ser (re)lidos de forma a compatibilizá-los com as alterações introduzidas na legislação penal pelas Leis n.ºs 9.099/95 e 10.259/01, de modo que delitos de escassa lesividade, como o é o do artigo 16 da Lei n.º 6368/76, sejam excluídos do rol de crimes dolosos, cuja cometimento caracteriza falta grave e autoriza a regressão do regime prisional, independentemente do trânsito em julgado da futura e eventual sentença condenatória.(...)” (5ª Câmara Criminal, AC 70013858626, Rel. Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, julgado em 29/03/2006)*

*“(...) Artigo 16, da Lei nº 6.368/76. Quantidade ínfima de maconha. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Sendo ínfima a lesão ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno, que não subsiste qualquer razão para que se imponha reprimenda. Apelo parcialmente provido.” (Câmara Especial Criminal, AC 70004657698, Rel. Drª. Maria da Graça Carvalho Mottin, julgado em 17/12/2002)*

*“PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME)*

*- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).*

*- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgência punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.*

*- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas a autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.*

*- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior – atenta: fatos sem*

*lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!*

*- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Kanam e Salo de Carvalho.” (5ª Câmara Criminal, AC 70004802740, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho julgado em 07/5/03)*

Na verdade, a jurisprudência, ainda que minoritária, estava recolhendo influências emanadas da sociedade, especialmente de correntes das ciências da saúde que sustentam a inadequação do tratamento jurisdicional do uso de substância entorpecente.

Inegavelmente, o Judiciário interage com tais influências daí podendo surgir novas orientações jurisprudenciais e até novas leis. Esse fenômeno é descrito e explicado por vários autores.

André Jean Arnaud a ele se refere como polisistemia, explicando que tais sistemas, que estão à margem do direito, têm vocação para se tornarem direito:

*“Se, por outro lado, se considera o direito por um prisma que não o dos juristas dogmáticos, isto é, como sistema jurídico, ele passa a ser objeto de uma dialética infinita com os outros sistemas que lhe fornecem alimento: a sociedade, a política, a moral, a psicologia, a religião, a economia e a ciência...*

*Ora, há um modo de descrição simples das relações entre sistemas: nós o designaremos polisistemia...*

*Assim, paralelamente ao direito, e, às vezes, contra ele, se organizam sistemas jurídicos concebidos e vivenciados como pré-formados e flexíveis...*

*Entre esse sistema comum e o direito há uma interação que aparece como um afrontamento entre dois sistemas jurídicos...*

*Da confrontação entre esses sistemas jurídicos, que se fundamentam em razões divergentes, poderá ocorrer uma mudança jurídica...*

*Do choque pode nascer uma inovação, uma adaptação, uma vacinação do velho sistema ou uma recuperação do novo pelo mais antigo”<sup>9</sup>.*

Embora com algumas divergências em relação ao autor anterior, Niklas Luhmann também sustenta deva a jurisprudência consultar e deixar-se influenciar por outros sistemas porque ele não se basta em si:

*“O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições...*

*...o sistema deve implementar a sua própria autopoiesis num mundo circundante, cuja complexidade ele não pode abarcar...*

*...não podemos negar o fato de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões dos Tribunais. Dito de outra forma: o sistema não pode operar somente com um lógica puramente dedutiva... Não existe nenhuma jurisprudência mecânica. Os Tribunais devem, queiram*

---

<sup>9</sup> Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos, p. 327/333, 2000, Ed. Renovar.

*ou não..., interpretar, construir e, se for o caso, distinguir os casos...”<sup>10</sup>*

Se já caminhávamos na direção da descriminalização, como apontavam parte da doutrina e da jurisprudência, por que voltaremos atrás para criminalizar o que não precisa de criminalização? Antes da criminalização, tais condutas precisam de uma política séria e conseqüente de informação, de educação e de tratamento terapêutico gratuito por parte do Poder Público.

A hipocrisia da lei fica patente quando se observa que todos os artigos que impunham prestações positivas do Estado em prol do tratamento efetivo do uso de drogas foram vetados, livrando-se, o Executivo, de qualquer responsabilidade. Mas, ao Judiciário, não se poupou a sua responsabilização, impondo-se não só a implementação de *curso educativo* – que não existe na rede pública –, até a incômoda tarefa de advertir *sobre os efeitos das drogas*, para a qual não tem preparo técnico e científico.

## **IX. Conclusão**

Conclui-se, assim, que o *tipo* do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não é penal, mas administrativo, e que seu preceito secundário contém penas administrativas, que fogem à competência dos Juizados Criminais.

Chama-se, assim, a responsabilidade do Executivo para implementar um serviço administrativo capaz de lidar com a grave nocividade do uso abusivo de substância entorpecente.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 18 de julho de 2008.

---

<sup>10</sup> A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico, Revista da AJURIS, nº 49, ano XVII, 1990, julho.