

BREVE ESTUDO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA O USO PESSOAL

Alana Raissa Martins Pinheiro Furtado

Carlos Alberto Matos Brito

Igor Adriano Trinta Marques

Pamela Suen Fonseca Mineiro Pereira

Elinaldo Soares Silva

Leidiane Ferreira Nunes

Linda Luz Matos Carvalho

RESUMO

O presente trabalho realiza estudo sobre a descriminalização do porte de droga para uso pessoal. É feita análise dos debates acerca da natureza jurídica do artigo 28, da inovadora Lei de Drogas, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a fim de discutir conceitos como descriminalização e despenalização. A análise de certas vertentes, sobretudo, do referido dispositivo possibilitará uma maior aproximação da temática e de aspectos processuais levantados ao posto de principais mecanismos para o combate da problemática envolvendo o tráfico de drogas ilícitas. Um dos maiores problemas mundiais, flagelo que reflete em todo o corpo coletivo, ou seja, saúde, sistema carcerário, Poder Judiciário, economia.

Palavras-chave: Artigo 8º. Descriminalização. Despenalização. Drogas. Lei nº 11.343/ 2006. Uso pessoal de drogas.

ABSTRACT

This work carries out a study on the decriminalization of drug possession for personal use. An analysis is made of the debates surrounding the legal nature of article 28, of the innovative Drug Law, Law No. 11,343, of August 23, 2006, in order to discuss concepts such as decriminalization and decriminalization. The analysis of certain aspects, especially of the aforementioned device, will enable a closer approach to the theme and procedural aspects raised as the main mechanisms for combating the problem involving illicit drug trafficking. One of the biggest problems in the world, a scourge that affects the entire collective body, that is, health, prison system, Judiciary, economy.

Keywords: Article 8º. Decriminalization. Decriminalization. Drugs. Law No. 11,343/2006. Personal use of drugs.

1 Alunos do 7º período do Curso de Direito – 2023.2 – FACSUR.

2 Docente Especialista

1 INTRODUÇÃO

O uso e o tráfico ilícito de drogas é um dos maiores problemas mundiais que, até o presente momento, não tem uma solução. Nada obstante a implantação de diversos mecanismos de enfrentamento e combate ao narcotráfico em escala mundial, mas não foi ainda possível diminuir tal problemática a nível mundial, tampouco nacional.

O Brasil a exemplo do mundo, encontra-se em uma constante busca de meios que possibilite amenizar esse que é um sério e preocupante problema, desencadeador de inúmeros outros. São problemas que trazem irreparáveis prejuízos para todos aqueles que direta ou indiretamente estão envolvidos.

Até mesmo pela sua classificação, por ser crime de perigo abstrato e coletivo, conduzindo perigo de dano a saúde de número indeterminado de pessoas.

Nesse sentido, o legislador criou lei não apenas com o objetivo de cuidar da repressão ao tráfico de drogas, mas também instituiu mecanismos para a prevenção ao uso indevido e a reinserção do usuário ou dependente na sociedade, que, até então, eram tratados como criminosos pelas legislações anteriores, e consequentemente encarcerados, em muitas casos.

Com vista também a proteção da saúde o legislador se empenhou em punir condutas que violam o referido bem jurídico dada a sua relevância. A Lei 11.343/2006 denominada Lei de Drogas instituiu inovações no ordenamento jurídico brasileiro, e o fez com o intuito de continuar punindo o usuário de drogas, porém de forma mais branda. Em uma nítida tentativa de ser mais eficaz do que as leis anteriores.

Contudo trouxe a lei também muita discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28, que substituiu a pena privativa de liberdade por penas alternativas. Restando estabelecido o debate se estaria o legislador tratando de descriminalização ou despenalização, já que o crime não fora abolido do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do que serão analisadas questões acerca da temática, que se faz de fundamental relevância por tratar-se de um problema social e de saúde pública de âmbito mundial, e um crime que precisa ser combatido.

O presente trabalho debruçou-se no atendimento do objetivo, qual seja, da realização de breve estudo sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Buscando entender as nuances desse crime na perspectiva da novidade legislativa trazida pela nova Lei de Drogas.

2 METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa bibliográfica, e método qualitativo, por ser o que mais atende ao objetivo do estudo. Conduzindo liberdade de interpretação. Segundo Godoy (1995, p. 27), “Considerando que a abordagem qualitativa, enquanto exercício de pesquisa, não se apresenta como uma proposta rigidamente estruturada, ela permite que a imaginação e a criatividade levem os investigadores a propor trabalhos que explorem novos enfoques”.

O estudo sobre a descriminalização do uso de drogas para o uso pessoal, expõe conceitos e teorias como: Drogas, Lei nº 11.343/ 2006, uso pessoal de drogas, descriminalização, despenalização, princípio da lesividade ou ofensividade, dentre outros igualmente relevantes para a construção do trabalho.

Utiliza-se instrumental teórico específico colhido em fontes como biblioteca virtual e obras literárias. Conta-se com autores como Batista (2011), Bitencourt (2013), Capez (2007), Renato Marcão (2021), Masson (2020), e a própria Lei 11.343/2006.

Inicialmente realiza-se breve estudo histórico das Leis 6.368/1976 e 10.409/2002. Após trata-se da nova Lei nº 11.343/2006, “Lei de Drogas”, e do novo sistema instituído. Em seguida apresenta-se debate acerca do Artigo 28 da citada Lei nova. Analisa-se ainda os conceitos descriminalização e despenalização, e a inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal.

Em seguida apresenta-se os resultados e discussões, e, por fim, realiza-se as considerações finais.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

a. Breve estudo histórico (Lei nº 6.368/1976 e nº Lei 10.409/2002)

Durante vinte e seis anos esteve em vigor a Lei nº 6.368/1976, que coibia e punia condutas relacionadas ao porte e tráfico de drogas. Lei que não se apresentava mais eficaz já que se tinha um considerando o aumento da criminalidade, principalmente da organizada.

Outro problema enfrentado durante a vigência da revogada lei, era que não previa os modernos métodos empregados para o combate ao tráfico e tratamento do usuário e dependente de drogas. Dessa forma, tratava tanto o traficante quanto o usuário e dependente como criminosos, prevendo em ambos os casos a prisão.

E apresentava-se muito condescendente com o traficante, especialmente com aqueles mais poderosos e organizados. Diante disto o Congresso Nacional aprovou em 2002 a Lei nº

10.409, em substituição a Lei de 1976, nº 6.368. Mas essa nova lei surgiu com consideradas incorreções, sendo duramente criticada por doutrinadores e especialistas do direito, sofrendo vários vetos, passando a vigorar totalmente descaracterizada.

Considerados os vários vetos sofridos, a Lei 6.368/1976 não foi totalmente revogada, passando em conjunto com a Lei 10.409/2002 a figurar e disciplinar a matéria no ordenamento jurídico brasileiro. Passando as duas leis a serem aplicadas em parte, surgindo um novo problema, agora quanto à interpretação, que restou embaraçado.

O capítulo da mais antiga que tratava dos tipos penais foi por completo vetado, passando a serem aplicados os da Lei nº 6.368/1976. Também existia divergência na doutrina e na jurisprudência em relação a qual o procedimento que deveria ser aplicável, se o da “nova Lei”, ou o da “antiga Lei”.

Diante desse complexo e insatisfatório contexto legislativo, e após a apresentação de vários anteprojetos sobre a matéria, surgiu em agosto de 2006, a Lei nº 11.343, a conhecida Lei de Drogas, para solucionar os aparentes problemas. Que mesmo sofrendo alguns vetos presidenciais, não foi alterada substancialmente.

b. A lei nº 11.343/2006 e o novo sistema legislativo

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, denominada “Lei de Drogas”, substituiu as duas anteriormente revogadas, mesmo não sendo perfeita, por possuir várias imperfeições, estabeleceu um novo sistema.

A nova Lei previu tratamento diferenciado para usuários, dependentes e traficantes de drogas. Os usuários e dependentes não estão mais sujeitos a prisão ou detenção, aplicando-lhes penas restritivas de direitos.

Ao dependente pode ser imposto tratamento médico ou ser atenuada a pena. Quanto aos traficantes a Lei prevê sanções penais mais severas, ainda que faça distinção entre o pequeno e eventual traficante e o profissional do tráfico. Recebendo o profissional do tráfico tratamento mais rigoroso e penas mais duras.

A Lei em seu Artigo 1º, traz suas disposições preliminares, dispondo sobre a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, e prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Ainda estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e define crimes.

A Lei ao instituir o Sisnad em substituição ao Sistema Nacional Antidrogas, altera

sobremaneira sua composição e atribuições. Atribuindo ao Sisnad a competência para a prescrição de medidas destinadas a prevenção do uso indevido de drogas, tratamento e reinserção social dos usuários e dependentes. Também lhe confere a atribuição para estabelecer normas e mecanismos para o combate ao narcotráfico.

Prevê ainda que é atribuição do órgão a proposta ao Poder Legislativo de criação de normas penais incriminadoras. Não se restringindo a Lei a repressão ao tráfico de drogas, mas também a instituição de mecanismos para a prevenção ao uso indevido e a reinserção do dependente e usuário na sociedade.

Também traz em seu parágrafo único o conceito de drogas: “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, Art. 1º, § único).

A nova Lei trouxe alteração quanto ao termo “drogas”, em substituição à expressão “substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica”. Contudo, ambos os conceitos com mesmo significado.

Sendo considerada droga qualquer substância, natural ou sintética que ao ser introduzida no organismo cause modificação de suas funções, e que estarão indicadas em lei ou em lista atualizada pelo Poder Executivo da União. Nesse sentido, drogas são as substâncias e os produtos capazes de causar dependência.

E mesmo que a Lei tenha instituído o plural do termo “drogas”, isso não quer dizer que há necessidade da apreensão de mais de uma espécie. A lei apenas versa sobre generalidade, ou seja, afirmando que qualquer espécie de droga ocasionará adequação típica, independentemente de quantidade.

Substância refere-se a matéria-prima *in natura*, que em regra, é uma planta ou erva. Já o produto é a substância já manipulada. E a dependência pode ser tanto física como psíquica. Na física, o corpo necessita do uso da droga. E na psíquica ocorre a intensa vontade de uso.

O uso e o tráfico ilícito de drogas constituem-se em um dos principais problemas mundiais, e de difícil resolução. Mesmo diante da implementação de várias frentes de combate ao narcotráfico em escala mundial, ainda não se teve uma resposta satisfatória.

E a Lei ao diferenciar usuário e dependente de traficante de drogas, elegeu alguns dispositivos que não podem ser excluídos deste estudo. Ao tratar sobre “Dos crimes e das penas”, inicia afirmando que, “As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor”. (BRASIL, 2006, Art. 27).

Este capítulo específico da Lei, inicialmente trazendo o supracitado, serve para identificar e diferenciar os delitos descritos aos usuários e dependentes dos demais previstos na legislação penal. Não há cominação de pena privativa de liberdade, para os delitos referidos a esses primeiros sujeitos, sendo expressamente vedada qualquer forma de prisão, seja provisória ou definitiva.

c. Debate acerca do Artigo 28, da Lei 11.343/2006

O debate a cerca do Artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, parte de sua natureza jurídica. As principais teorias giram em torno de debater se as condutas nele descritas são crimes, infração administrativa, infração *sui generis*, contravenção penal ou infração penal inominada.

Diante do que, observa-se como se posiciona o legislador ao prevê o referido Artigo.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES E DAS

PENAS Art. 27. [...]

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.

Nota-se que, o próprio legislador descreve o referido Artigo em Capítulo específico, que tem como título “Dos crimes e das penas”.

O Artigo fala também de “reincidência”, instituto que se refere a quem pratica um crime, posteriormente praticar nova infração penal, sendo mais uma justificativa para sua tipificação. (BRASIL, 2006, Artigo 28, §4º). Corroborando com o entendimento prevê a Lei em seu Artigo 30, a “prescrição” no caso de uso de drogas, existindo a prescrição de um ilícito quando este for um crime ou contravenção penal. (BRASIL, 2006, Artigo, 28, §4º).

Amarrando entendimento nessas justificativas se tem a continuidade da natureza jurídica do ilícito prescrito no Artigo como um crime. Esse é o entendimento da maioria da doutrina.

E sobre a atual tipificação e a discussão sobre ter ocorrido *abolitio criminis* ou não, Renato Marcão (2021, p. 17) afirma que:

Luiz Flávio Gomes foi quem primeiro escreveu sobre o assunto.

Entendia o saudoso jurista que “o legislador aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de

drogas para consumo pessoal”, lastreando seu convencimento no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, em seu art. 1º, dispõe que: “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 a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Assim segue Renato Marcão (2021, p. 18) tecendo comentários sobre as palavras do autor referenciado por ele:

Justificou:

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).

E continua Renato Marcão (2021, p. 18) a citar o dito pelo autor:

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.

E arrematou:

“Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração sui generis”.

Contudo, Renato Marcão reconhece a grandeza das “lúcidas ponderações” realizadas pelo autor por ele lembrado, mas ousa divergir, defendendo que não ocorreu a descriminalização.

O autor justifica seu entendimento, afirmando,

é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na sua Parte Geral da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209, de 13-7-1984), e menos ainda com o status que passaram a desfrutar após o advento da Lei n. 9.714/98. (RENATO MARCÃO, 2021, p. 18)

Portanto, o autor firma entendimento na lógica do tempo e de suas mudanças, entendendo que alguns conceitos contidas em leis mais antigas, a exemplo do ora discutido, já não mais encaixam-se nos tempos atuais. Restando insuficientes e incompletos para a definição do novo contexto que se apresenta.

Como bem preleciona, “[...] O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da

LICP não resolve a questão, segundo entendemos”.

Dessa forma, o conceito de outrora é visto pelo autor como “moldura estreita”, já que a realidade atual já não mais se encaixa no estreito enquadramento passado. Portanto, não sendo possível se utilizar desse conceito para justificar o ser ou não crime das condutas descritas no Artigo 28, da Lei de Drogas.

Entende o autor que a “[...] ausência de cominação privativa de liberdade não afasta a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção”. Renato Marcão (2021, p. 19). E ainda afirma, “Em tempos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, de novas discussões acerca da responsabilidade objetiva e outros tantos temas, a definição acima apontada se mostra incompatível com o Direito Penal do século XXI”. (RENATO MARCÃO, 2021, p. 19).

Vale ressaltar que o Código Penal é de época em que nem era cogitada a aplicação de outra pena, não privativa de liberdade, e, ainda mais que viesse a figurar como pena principal, para qualquer crime, como está sendo vivenciado hoje. A definição da tipificação daquela época era condizente com o contexto em que estava inserida a lei daquela época, daí, “[...] diminuto alcance da definição tipificada na Lei de Introdução, que era perfeita para seu tempo”. (RENATO MARCÃO, 2021, p. 19).

d. Descriminalização X Despenalização

A estudar a Lei de Drogas e suas novidades, é importante atentar para alguns conceitos relevantes. Neste sentido, tem-se os termos descriminalização e despenalização que devem fazer parte da discussão.

Esses são conceitos que possuem significados diferentes, ainda que por vezes se confundam. As condutas elencadas no Artigo 28 da referida Lei traz verbos que representam condutas que são tipificadas.

As mudanças em relação a lei revogada foi somente uma resposta penal ao usuário ou dependente, que resta configurado que não pode mais ser encarcerado. Sendo a Lei de Drogas a única lei do ordenamento jurídico brasileiro com tal peculiaridade. Para os demais delitos a lei penal prevê pena de prisão, que poderá ser substituída por medidas cautelares, conforme critérios legalmente previstos.

Na lei anterior já existia uma certa impossibilidade na prisão do usuário, por se tratar de delito de menor potencial ofensivo, com pena máxima de até 2 anos de prisão, diante do que em caso de condenação, havia a obrigatoriedade da conversão em pena alternativa, ou a

transação penal, quando passaram a ser tratados pelos Juizados Especiais Criminais, os casos de porte para uso pessoal.

Nesse viés interpretativo, nota-se que a Lei de Drogas previu a despenalização do usuário, e não a descriminalização. Elencando em seus incisos, o Artigo 28, de forma muito clara e objetiva, a despenalização, com a adoção de penas mais brandas.

Por outro lado, ao se falar em descriminalização configuraria a retirada do âmbito do direito penal o crime, direcionando-o para outras áreas do direito e das políticas públicas. Assim deixaria de ser crime o porte e o consumo de determinadas quantidades, não existindo mais punição, visto que a conduta não estaria mais tipificada.

Contudo, a descriminalização pode ser incluída no ordenamento jurídico, mas para isso necessitará de alteração legal, realizada pelo Poder Legislativo, ou ainda podendo surgir de decisões do Judiciário, que pode alterar o entendimento geral sobre o tema. Por exemplo como ocorre quando a Suprema Corte de um país julga a inconstitucionalidade da criminalização do porte para consumo pessoal, por ferir o princípio da lesividade ou da ofensividade, ao não lesionar bem jurídico alheio.

e. Inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal

Em relação ao Brasil, a inconstitucionalidade da criminalização do porte para uso pessoal, previsto no Artigo 28, da Lei de Drogas, é uma decisão que está nas mãos do Poder Judiciário. Em curso no Supremo Tribunal Federal está a apreciação do Recurso Extraordinário 635659, com caráter de repercussão geral, que significa que o entendimento do referido Tribunal deverá balizar casos semelhantes por todo o país.

O julgamento teve início no ano de 2015 tendo como relator o ministro Gilmar Mendes, recebendo três votos favoráveis no sentido da descriminalização e da determinação de critérios quantitativos de diferenciação de usuários de traficantes. Contemplando o voto do relator todas as drogas consideradas ilícitas, e os ministros Luiz Roberto Barroso e Edson Fachin restringido seus votos apenas em relação à maconha.

O Ministro Barroso em seu voto se posicionou pelo parâmetro objetivo de diferenciação entre tráfico e uso, apontando a quantidade de até 25 gramas de maconha para uso pessoal. O próximo ministro a votar seria Teori Zavaski, que realizou um pedido de vista e veio a falecer em 2017.

No dia 02 de agosto de 2023, foi retomado o julgamento, após cerca de sete anos do pedido de vista pelo ministro Teori. A presidente da Corte, ministra Rosa Weber, colocou em

pauta a continuação do julgamento, com o voto do ministro Alexandre de Moraes, acompanhando as decisões anteriores, entendendo pela descriminalização, e pela definição de critérios citados, mas também somente no referente à maconha.

O ministro fundamentou seu voto com base em estudos que apontam os efeitos nefastos da política de drogas brasileira, que nos últimos 17 anos experimentou um crescimento sem precedentes nas taxas de encarceramento de mulheres e homens, em sua maioria jovens, negros, de regiões periféricas, encontrados com pequenas quantidades de entorpecentes, e sem comportamento violento quando abordados pela polícia.

O ministro ainda destacou pautado em pesquisas, que foi observado desde a entrada em vigor da nova Lei de Drogas, um aumento do encarceramento, isso atribuído ao fato de não ter sido a lei bem recebida pelos policiais, promotores, juízes e desembargadores, fazendo com que mais pessoas passassem a ser enquadradas como traficantes e menos como usuárias.

Conforme o ministro atualmente o país conta com mais de 830 mil presos, constituindo a terceira maior população carcerária do mundo. E que por não determinar critérios objetivos de diferenciação entre usuários e traficantes, abriu margem para a atuação discricionária dos atores responsáveis pela persecução penal no Brasil, que tendem a tipificar as condutas de maneira distinta, assim como aplicar penas mais duras, dependendo de variáveis como a etnia, gênero, nível de escolaridade, renda, idade e localidade em que ocorre.

Diante disso, o voto do ministro foi pela definição de parâmetros objetivos, propondo que sejam presumidos como consumidores, e descriminalizados, pessoas que portem até 60 gramas de maconha, ou que cultivem até 6 plantas fêmeas. Na busca da preservação do princípio da isonomia, e a fim de garantir que a lei seja aplicada de maneira igual a todos.

Contudo, foi pedido adiamento do julgamento pelo relator ministro Gilmar Mendes, que havia se posicionado pela descriminalização sem distinção acerca do tipo de substância ilícita. O pedido se deu em decorrência dos novos argumentos apresentados, na tentativa de construção de uma solução de consenso.

A decisão do STF poderá marcar um importante avanço da pauta antiproibicionista, ao descriminalizar o uso, e determinar critérios de diferenciações objetivas entre tráfico e uso, visto que a discricionariedade dos atores da administração da justiça criminal restará limitada, diminuindo a seletividade nas incriminações pelo tipo penal.

Portanto, a questão central é se alguém pode ser punido por portar ou possuir drogas, para seu uso pessoal, estando sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. Já que causaria lesão a si próprio, e o direito penal não pune a autolesão, sendo invadido ainda intimidade e vida privada, ofendendo o princípio da lesividade ou

ofensividade.

O referido princípio é norteador do direito penal, exigindo que do fato ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Este princípio tem sua aplicação em dois momentos distintos: em um primeiro momento atua norteando o legislador no momento em que cria tipos penais; em um segundo momento na aplicação do direito ao caso concreto.

O seu objetivo é proteger as liberdades individuais contra as interferências do Estado. Visa coibir as interferências do estado na liberdade de escolha que não afetem a terceiros. Somente sendo possível a atuação do direito penal em casos em que ocorra o efetivo ataque de um bem jurídico.

Cleber Masson (2020, p.51), este princípio cumpre a exigência de delimitação do direito penal, no âmbito jurisdicional e em nível legislativo. Tratando-se de princípio limitador do poder punitivo estatal.

Nilo Batista, (2011, p. 90) afirma que podemos admitir quatro funções do princípio da lesividade, são elas: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico.

Nesse viés, a constitucionalidade do Artigo 28, significa uma afronta a punição daquele que portas drogas para seu consumo pessoal.

Por outro lado, é defendido que não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para a coletividade. Ainda não se configurando violação da intimidade e da vida privada, já que não se tratam de direitos absolutos podendo ser relativizados quando conflitarem com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade.

Relevante mencionar que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, e uma parte da doutrina defende que o consumo individual de drogas coloca em risco toda a coletividade.

Os delitos descritos na denominada “Lei de drogas” tratam-se de crimes de perigo abstrato e coletivo (comum). Por serem de perigo abstrato, não necessitam da demonstração que alguém foi exposto a perigo de dano, pois é presumido pela lei de forma absoluta, não sendo admitida prova em contrário.

É também de perigo coletivo, (ou comum), devido ao fato de ser exposta ao perigo de dano a saúde de um número indeterminado de pessoas. Portanto, é a saúde pública, isto é, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida pelas drogas. São crimes que prescindem a comprovação do perigo concreto, já que tem sido demonstrado que a posse ou o

porte, assim como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não somente em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.

O indivíduo sob o efeito de drogas representa perigo para si e para os demais.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Nas últimas décadas, muitos países têm optado pela descriminalização do porte para uso de substâncias ilícitas, por entenderem que a abordagem da questão não deve se dar por via criminal. Isso em consideração a sua relativa ineficiência na redução das taxas de consumo e dos danos que sofrem os usuários ao ingressarem no sistema penal.

Na América Latina já tem cerca de vinte países que adotam políticas de drogas com o viés antiproibicionista. O Brasil apresenta-se na contramão dessas inovações, sendo que a legislação brasileira, despenalizou o porte para uso pessoal no ano de 2006, mas ainda criminaliza a conduta, conforme o Artigo 28 da Lei 11.343/06, prevendo penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006, Artigo 28, I, II, III).

Penas que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, ou ainda substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor. Não sendo exigido o contraditório, isto é, a oitiva das partes, sendo que o juiz, em sede de execução, reconhecerá a substituição da pena. Sendo possível ainda o instituto da reincidência nos casos, mas somente no referente aos inciso II, III, do já referenciado Artigo 28. (BRASIL, Artigo 28, § 4º).

Nota-se que, as penas, assim como os núcleos do tipo descritos no Artigo 28, previsto no Capítulo “Dos crimes e das penas” da Lei de Drogas, conduz grande discussão. O referido Artigo é classificado como tipo misto alternativo ou de forma livre. O que significa que tal crime se consuma com a realização de alguma das condutas expressas no mencionado tipo penal.

Observa-se que não existi dentre os verbos descritos pelo citado Artigo, o “consumir”, o que tecnicamente, descaracterizaria o “consumir” drogas como crime. Fazendo com que a expressão “crime de consumo de drogas”, utilizada em muitos momentos viesse a ser equivocada.

O dispositivo é causador de divergência jurídica e doutrinária, por colocar em discussão a sua natureza jurídica. Capez (2007, p. 60) afirma,

Entendemos, no entanto, que não houve descriminalização da conduta. O fato continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo

relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, parágrafo 1º, da nova Lei.

Nessa perspectiva, mesmo que não seja estabelecida pena privativa de liberdade, tal conduta é tipificada como crime, e ainda por estar previsto em capítulo próprio, “Dos crimes e das penas”.

Ao ponto que se tem o “descriminalizar” referindo-se a abolir a criminalização, ou seja, a tipificação, e a conduta considerada crime anteriormente deixa de ser assim considerada, tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante. A “despenalização” residindo no plano da substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza restritiva de direito, entre outras. A exemplo do que ocorreu com a nova Lei de Drogas.

Nesse sentido, se tem a “descriminalização” tirando do mundo penal a infração penal (crime ou contravenção), e a “despenalização” continuando a prevê o crime, mas mudando a natureza da pena.

Quanto a constitucionalidade da criminalização do Artigo 28, emerge correntes que divergem, umas entendem que existe a violação do direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ainda ofende ao princípio, da lesividade ou ofensividade. Por entender que o uso da droga traz prejuízo somente aquele que a usa.

De outro lado há os que defendem que a constitucionalidade do Artigo, diante do perigo social que representa o uso de drogas a toda a coletividade, não viola tal princípio. Apoiando-se ao bem jurídico tutelado, a saúde pública, visto que a conduta atinge não apenas a esfera pessoal daquele que consome a droga, mas toda a coletividade.

Vale mencionar, que a conduta tipificada no Artigo 28 não incrimina o uso de substâncias entorpecentes, fato pelo qual não é verificada uma criminalização direta da autolesão. Os verbos descritos no Artigo evidenciam a intenção do legislador de coibir a disseminação das drogas, que é prejudicial à saúde coletiva e ao adequado convívio social como um todo.

Relevante mencionar que trata-se de crime de perigo abstrato, ou seja, existe presunção de que a prática da conduta tipificada no Artigo 28 cause um risco a saúde pública sendo desnecessária comprovação do risco.

Também é importante a distinção entre o tráfico e a posse para consumo pessoal, uma vez que, a Lei não definiu quantidade específica para determinar se o destino da droga era

para uso próprio ou para o tráfico.

Desta forma, não sendo somente a quantidade que determinará o seu caráter e destino, mas também a sua natureza, sendo preciso considerar também o local, as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, assim como a conduta e antecedentes do agente. (BRASIL, 2006, Artigo 28, § 2).

Neste sentido, Bitencourt (2013, p.113) posiciona-se, afirmando: “[..] o legislador pode perfeitamente liberar ou diminuir a repressão penal à posse para uso e ao tráfico de drogas, ao entendimento de se tratar de um mal menor que a sua repressão oficial, ou, ainda, por qualquer outro argumento de conveniência”.

O referido Artigo é norma que guarda dois elementos especializantes: a finalidade de consumo pessoal e preparação de pequena quantidade de droga. Tanto o sujeito ativo como o passivo pode ser qualquer pessoa. O elemento subjetivo é o dolo acrescido de um especial fim de agir, elemento subjetivo específico, (para consumo pessoal). Se ausente tal condição, poderá o agente responder por delito de maior gravidade, como em caso de portar de drogas para consumo de outro.

Por trata-se de crime de mera conduta, consuma-se com a relação da conduta típica, independentemente de o agente usar a droga ou mesmo causar qualquer dano à saúde pública. Já a tentativa, embora de difícil constatação, é possível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho debruçou-se no atendimento do objetivo, qual seja, breve estudo sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal.

O artigo 28 da nova Lei 11.343/2006 trata-se de tema sempre atual nos debates, sendo até mesmo pauta de julgamento pelo STF. Entendendo que o estudo do consumo de drogas ilícitas, a determinação da sua natureza jurídica, e demais vertentes extraídas, são essenciais não somente para a sua compreensão, como também para o seu enfrentamento.

O uso das drogas é um problema mundial complexo, de difícil solução, um mal que assola a sociedade e traz irreparáveis prejuízos a toda a coletividade. Com reflexo não só na vida dos usuários, mas também de toda a família e demais que estão a sua volta.

É verdade que leis mais severas por si só não serão capazes de inibir o tráfico de drogas, dada a sua gravidade. São necessárias políticas públicas, direcionadas ao social, especialmente a educação, para que se possa falar em redução.

Mas, por outro lado, leis amenas acabam por incentivar a criminalidade,

principalmente a organizada, que se vale da impunidade, oportunizando a manutenção da criminalização.

A nova Lei de Drogas trouxe significativas modificações em relação aos crimes relacionados as drogas. Sendo uma das principais mudanças o tratamento especial aos usuários.

A Lei trouxe inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, dispondo que ao usuário poderão ser impostas penas restritivas de direitos cominadas abstratamente no tipo penal do Artigo 28. Não sendo mais cabível a aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário, pondo fim no alto índice de encarceramento relacionado as drogas.

Contudo, continuando a conduta de porte de droga para consumo pessoal considerada crime. As penas restritivas de direitos que estão expressas nos incisos I, II, III, do Artigo 28 da nova Lei de Drogas, são aplicadas autonomamente, não possuindo relação com as penas privativas de liberdade. Ocorrendo a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos previstos.

Nesse viés, aponta-se o debate acerca da natureza jurídica do Artigo 28, que versa sobre os conceitos de descriminalização e despenalização da conduta descrita no referido artigo. Existindo forte discussão sobre se o uso de drogas ilícitas assim como o seu porte para uso pessoal não mais seria considerado crime ou contravenção, ou se que houve foi somente uma simples despenalização.

Entendendo-se que ocorreu somente uma simples despenalização, continuando a existir tipificada a conduta de uso pessoal ou porte de drogas ilícitas. Dessa forma, não sendo correto a denominação litude e tipificação do ato.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2021/pdf/RAPHAELA-RODRIGUES-DE-FREITAS.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 19 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de Agosto de 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v. 4: Legislação Penal Especial. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODOY, Arilda Schmidt. **Pesquisa Qualitativa:** Tipos Fundamentais. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v.35, n.2, p.57-63. 1995.

MARCÃO, Renato F. *Lei de Drogas*. Disponível em: Minha Biblioteca, (12th edição). Editora Saraiva, 2021.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). 14 ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2020.