

DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

DECRIMINALIZATION OR DEPENALIZATION OF DRUGS POSSESSION FOR PERSONAL CONSUMPTION

Kauane Bernstein de Almeida¹

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise da posse de drogas para consumo pessoal, descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de verificar se houve a descriminalização ou a despenalização da conduta. Para tanto, a atual Lei de Drogas inovou no sentido de dar tratamento diferenciado aos usuários e dependentes de drogas, de modo que, não mais se aplica a pena privativa de liberdade, mas sim, penas alternativas como modo de punição, como é o caso da advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Assim, apresenta-se o conceito de drogas, analisa-se a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e observa-se se tal conduta foi descriminalizada ou despenalizada por força da atual Lei de Drogas.

Palavras-chave: Drogas. Posse. Consumo Pessoal. Descriminalização. Despenalização.

Abstract: The present work has for object the analysis of drugs possession for personal consumption, described in the article 28 of the Law nº 11.343/2006, in the sense of verifying if there was the decriminalization or the depenalization of the conduct. Therefore, the current Drug Law innovated in the sense of giving differentiated treatment to drug users

1. Pós-graduada em: Direito Público pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC; Criminologia pela Unyleya e Ciências Forenses e Perícias Criminais pela Unyleya. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Escrevente no 2º Ofício do Registro de Imóveis de Balneário Camboriú-SC. Conciliadora no 2º Juizado Especial Criminal de Balneário Camboriú-SC. E-mail: kauane_1108@hotmail.com

and addicts, so that the custodial sentence is no longer applied, but alternative sentences as a form of punishment, as is the case of warning about the effects of drugs, providing services to the community and educational measure of attendance at an educational program or course. Thus, the concept of drugs is presented, the conduct of article 28 of Law nº 11.343/2006 is analyzed and observe whether such conduct has been decriminalized or depenalized under the current Drug Law.

Keywords: Drugs. Possession. Personal Consumption. Decriminalization. Depenalization.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se sabe que o uso de drogas é comum entre os seres humanos desde os primórdios, principalmente em rituais e contextos religiosos. Porém, por muito tempo, a legislação brasileira nada tratou a respeito da proibição do tráfico ou até mesmo do consumo de drogas. Dessa forma, sua criminalização e seu tratamento como problema social é um assunto considerado recente em nosso ordenamento jurídico.

A primeira preocupação com relação às drogas no Brasil se deu por meados do ano de 1600 com as Ordenações Filipinas, que era um compilado de normas jurídicas oriundo de Portugal. Antes disso, as drogas eram de livre circulação, sem seu uso ser considerado crime, porém, com o passar do tempo, foi se caracterizando como uma questão de doença social, havendo, então, a necessidade de medidas capazes de combatê-las.

Até 1975 foram criadas diversas legislações sobre o tema, porém não eram suficientes para diminuir o uso e a venda de drogas no Brasil. Então, em 1976 foi criada a Lei nº 6.368/76, popularmente conhecida como Lei de Tóxicos que, além da repressão ao uso e comércio de drogas, foi bastante inovadora no sentido de determinar medidas para prevenir o tráfico ilícito e o uso indevido de substâncias que causem dependência, ressaltando a importância da educação e da conscientização da população no combate às drogas.

Essa Lei, apesar de diferenciar as penas para os usuários e traficantes de drogas, ainda tratava os primeiros como um perigo para a sociedade,

ao invés de pensar em seu tratamento. Com isso, viu-se a necessidade de publicar uma nova legislação, a qual ficou denominada Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Foi um marco jurídico no sentido de assegurar a garantia dos direitos básicos, entendendo a questão das drogas como problema social e propondo soluções conjuntas com o fim de tratar, principalmente, o usuário e o dependente.

Essa mudança da lei foi muito significativa, visto que a legislação passou a cominar medidas alternativas à prisão como sanção aplicável a usuários e dependentes de drogas. Pode-se verificar que a nova lei foi publicada com o intuito de prevenir o uso indevido de drogas, auxiliar na reinserção social, tratamento e recuperação dos dependentes e usuários, ao mesmo tempo que pune, severamente, o tráfico de drogas.

Diante disso, o presente estudo busca verificar se a conduta de usar drogas para consumo pessoal, a partir da edição da Lei nº 11.343/2006, deixou de ser considerada crime ou, ainda, se sofreu a chamada despenalização. O método de estudo foi o indutivo e a pesquisa desenvolvida pela análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

2 CONCEITO DE DROGAS

Em princípio, cabe entender o significado da palavra “droga” e tratar a respeito da diferenciação entre as drogas consideradas lícitas e as consideradas ilícitas, conforme nosso ordenamento jurídico. A denominação “droga” advém do termo holandês *droog*, que significa folhas secas, devido ao fato de que, antigamente, eram utilizados medicamentos de origem vegetal no tratamento de doenças.

Atualmente, a definição mais utilizada no mundo científico é a de que “droga é toda substância natural ou sintética que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções” (Organização Mundial da Saúde – OMS, 1993). Assim, genericamente, o termo “drogas” se refere a qualquer tipo de substância, natural ou sintética, capaz de, após ingerida, provocar alterações físicas ou psíquicas.

As drogas, de acordo com o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas - CEBRID, podem ser classificadas de acordo

com os efeitos produzidos no sistema nervoso central (SNC) e se dividem em 3 grandes grupos:

Depressoras do SNC: referem-se ao grupo de substâncias que diminuem a atividade do cérebro, ou seja, deprimem o seu funcionamento, fazendo com que a pessoa fique “desligada”, “devagar”, desinteressada pelas coisas. Esse grupo de substâncias é também chamado de psicolépticos. As substâncias que compõem o grupo de Depressores do SNC são: álcool, inalantes/solventes, ansiolíticos, barbitúricos e opiáceos. Estimulantes do SNC: referem-se ao grupo de substâncias que aumentam a atividade do cérebro. Ou seja, estimulam o seu funcionamento, fazendo com que a pessoa fique mais “ligada”, “elétrica”, sem sono. Esse grupo de substâncias é também chamado de psicoanalépticos, noanalépticos, timolépticos. As substâncias que compõem o grupo de Estimulantes do SNC são: cafeína, nicotina, anfetamina e cocaína. Perturbadores do SNC: referem-se ao grupo de substâncias que modificam qualitativamente a atividade do cérebro. Ou seja, perturbam, distorcem o seu funcionamento, fazendo com que a pessoa passe a perceber as coisas deformadas, parecidas com as imagens dos sonhos. Esse grupo de substâncias é também chamado de alucinógenos, psicodélicos, psicoticomiméticos, psicododislépticos, psicometamórficos, alucinantes. As substâncias que compõem o grupo de Perturbadores do SNC são: anticolinérgicos – medicamentos, anticolinérgicos – planta, maconha, cacto, cogumelo, êxtase e LSD-25 (CEBRID, 1987).

Analisando os exemplos de drogas nas espécies apresentadas, pode-se concluir que, dentre elas, existem aquelas consideradas lícitas para nosso ordenamento, ou seja, sua venda e consumo são liberados no Brasil, como é o caso do álcool e tabaco, lembrando que apenas são liberados para maiores de 18 anos de idade, além das drogas consideradas ilícitas, que são aquelas cuja venda ou consumo são proibidos, ficando sujeito às sanções penais.

Visto isso, pode-se verificar que drogas podem ser, inclusive, medicamentos, razão pela qual chamamos as farmácias de drogarias. Porém, para o presente trabalho, importam as drogas consideradas ilícitas, ou seja, aquelas cuja venda e consumo são proibidos. Nesse sentido, na Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas, o conceito de drogas se encontra

disposto no parágrafo único do artigo 1º que determina que “[...] 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).

Assim, o referido artigo imputa à outra lei a relação das substâncias que se consideram drogas, sendo considerada, portanto, uma norma penal em branco que se refere “aquela cujo completo sentido só pode ser obtido mediante a promulgação de outro regulamento, no caso em tela, a Portaria nº 344/98, que declara, no seu corpo, quais substâncias são consideradas ‘drogas’ ilícitas neste país” (LINS apud NERY, 2009, p. 245).

A Portaria nº 344/98, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), descreve as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, sendo sua listagem atualizada periodicamente. Assim, se constatada a existência de substância entorpecente que não se encontra listada na Portaria da ANVISA, é permitida sua produção, comercialização e consumo, por força do princípio da estrita legalidade (ANDREUCCI, 2013).

Da mesma maneira:

[...] mesmo podendo uma substância causar dependência, se esta não estiver na citada Portaria, nenhuma conduta ilícita poderá ser extraída daquele que a manipula, nas variadas formas descritas pela própria lei, tais como usar, portar, vender, dar, receber e guardar (LINS apud NERY, 2009, p. 245).

Ocorre que nem todo plantio, cultura, colheita e exploração de drogas é proibido no Brasil, e isso é possível verificar com o disposto no artigo 2º e seu parágrafo único da Lei 11.343/2006:

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971,

a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo determinados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas (BRASIL, 2006).

Dessa maneira, é permitido o uso de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas as drogas se, por meio de autorização legal, forem utilizados para fins religiosos, medicinais ou científicos. O exemplo mais conhecido de droga utilizada para fins ritualísticos-religiosos é a Ayahuasca, que se caracteriza por um chá de origem indígena capaz de causar alterações psíquicas em seus usuários.

Sendo assim, após verificado o conceito de drogas, principalmente no que tange às drogas ilícitas, é possível fazer uma análise do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que compreende a posse de drogas para consumo pessoal.

3 ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

O delito de posse de drogas para consumo pessoal veio, com a Lei nº 11.343/2006, disposto no Título III (Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas), Capítulo III, intitulado “Dos crimes e das penas”, em seu artigo 28. Dispõe o referido artigo:

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

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

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

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de

pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 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

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (BRASIL, 2006).

Pode-se verificar que o artigo 28 da Lei de Drogas consiste em um tipo misto alternativo, de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que a norma prevê mais de uma conduta, de forma alternativa, para a configuração de um mesmo crime. Explicando as condutas elencadas pelo referido artigo, pontua-se:

Adquirir = consiste no ato de aquisição da droga; transmissão da propriedade pela mera tradição da droga, independente de qualquer forma especial ou formalidade, bem como eventuais ajustes relativamente ao pagamento. A obtenção do entorpecente pode ser a título oneroso ou gratuito, desde que haja vontade e consciência do adquirente no ato de tornar-se proprietário da substância tóxica.

Guardar = trata-se da conduta direcionada a tornar oculta a droga, zelando pela clandestinidade do entorpecente.

Ter em depósito = armazenar a substância ilícita de maneira a tê-la disponível. A conservação da droga deve se estabelecer de forma tal que possibilite o seu pronto alcance.

Transportar = conduta destinada ao deslocamento da droga de um local para outro.

Trazer consigo = imprime ideia de trazer junto ao corpo ou portar a droga, acomodando a droga em orifícios do próprio corpo (a boca, por exemplo), bolsos das vestes ou até mesmo em compartimentos alheios ao seu corpo, como malas, mochilas, pasta etc. sendo imprescindível o fácil acesso (FRANÇA; TÁVORA, 2012. p. 44).

Além dos atos descritos, aplica-se as mesmas medidas, conforme o § 1º do artigo 28, àquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas. Tais condutas definem-se como:

- (i) *Semear*: é espalhar, propalar, deitar, lançar sementes ao solo para que germinem. O crime é instantâneo, pois se consuma no instante em que a semente é colocada na terra. No tocante à posse de sementes de plantas que no futuro serão apresentadas como droga, em regra, constitui fato atípico por ausência de prescrição legal; porém, se nas sementes for encontrado o princípio ativo de alguma droga, será considerado crime. [...] Neste caso, não por ser semente, mas por ter idoneidade para gerar a dependência, o que torna objeto material do crime (passa a ser considerada a própria droga), salvo se não constante da relação baixada pelo Ministério da Saúde. [...]
- (ii) *Cultivar*: é fertilizar a terra pelo trabalho, dar condições para o nascimento da planta, cuidar da plantação, para que esta se desenvolva. É figura permanente, protraindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e existir um vínculo entre o indivíduo e a plantação. (iii) *Colher*: é retirar, recolher a planta, extraíndo-a do solo (CAPEZ, 2018, p. 732).

Cabe lembrar que qualquer dos atos elencados dependerá da quantidade e natureza da droga, local e circunstâncias em que se desenvolveu o fato para descaracterizar o tráfico, visto que mesmo uma quantidade ínfima, por si só, não caracteriza o delito. Além disso, o ato de “consumir” a droga não está disposto no artigo 28 da Lei, assim, se o sujeito

for surpreendido no uso de drogas, não se fala em crime em razão do consumo (NUCCI, 2008).

O sujeito ativo da posse de drogas pode ser qualquer pessoa, não exigindo qualquer qualidade especial ao agente, tanto é que “é perfeitamente possível a incriminação de vários agentes que tenham adquirido a droga para consumo próprio, em conjunto, ainda que somente um deles tenha sido surpreendido a trazê-la consigo” (ANDREUCCI, 2013, p. 231), em razão de uma vontade alheia que une os agentes para a prática do ato, fazendo com que todos respondam pelo delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Quanto ao sujeito passivo, considera-se a coletividade, vez que se pune o perigo a que fica exposta com a detenção ilegal de substâncias tóxicas. Em razão disso, considera-se objeto jurídico dessa conduta a saúde pública, e não o próprio usuário. Nesse sentido, “[...] a nova lei de drogas sinalizou no sentido de encarar o problema social da droga como questão de saúde pública, neste espectro, não restando dúvidas que é este o bem objeto da proteção” (FRANÇA; TÁVORA, 2012, p. 48).

Pode-se afirmar, também, que os delitos são de perigo abstrato e coletivo:

[...] Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano (SILVA, 2016, p. 43).

Diante disso, não se pune a posse de droga para consumo em função da proteção à saúde do agente, visto que a autolesão, em regra, não é punível, mas sim, em razão do mal que pode acabar causando na sociedade.

No tocante ao princípio da insignificância, alguns vetores foram traçados pelo Supremo Tribunal Federal – STF para a aplicação desse princípio, quais sejam, “(i) A mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) o reduzidíssimo

grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (CAPEZ, 2018, p. 731).

Ocorre que, segundo o próprio STF, tais vetores não poderiam estar presentes na conduta de portar pequena quantidade de droga, fazendo com que não caiba a aplicação do princípio da insignificância:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra *legem*, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso em habeas corpus não provido (BRASIL, 2014).

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção

apreendida com o paciente - 2,3 g (dois gramas e três decigramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio.² Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. 3. Ordem denegada (BRASIL, 2011).

No entanto, alguns doutrinadores acreditam que nada impede a aplicação desse princípio ao delito do artigo 28 da Lei de Drogas, uma vez que “[...] a resistência das cortes superiores em aplicar a este crime o princípio da insignificância se funda mais em razões morais e de política criminal (questionável) do que propriamente em *risco social e saúde pública*” (ANDREUCCI, 2016, p. 232).

Ademais, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, cabendo, portanto, ao Juizado Especial Criminal a aplicação das sanções cabíveis aos atos elencados no artigo 28 da Lei de Drogas, salvo se houver conexão com outro crime. No tocante às sanções aplicáveis, vê-se que o artigo possui um caráter educativo referente às penas impostas ao usuário de drogas.

Suas penas podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, a depender da quantidade e natureza da droga, personalidade do agente, conduta social, e demais regras elencadas no artigo 59 do Código Penal². Porém, “apesar do seu sobremodo caráter educativo, as penas do art. 28 não deixaram de ser sanções criminais, consistindo em medidas restritivas de direitos aplicadas diretamente pelo preceito secundário do tipo” (FRANÇA; TÁVORA, 2012, p. 49).

2. Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; [...]

Sendo assim, o artigo 28 elencou três penas aplicáveis para os delitos cometidos, quais sejam, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Conforme §§ 3º e 4º do referido artigo, as penas de prestação de serviço à comunidade e medida educativa serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses e, em caso de reincidência, poderão ser aplicadas por no máximo 10 (dez) meses.

A respeito da pena de advertência sobre os efeitos das drogas:

[...] Consiste em pena extremamente branda, porém de evidente caráter educativo, pois o juiz, diretamente em audiência especialmente designada para esse fim, ou por meio de termo de advertência, adverte o usuário/dependente acerca dos males inerentes ao consumo da droga, orientando sobre os possíveis danos à saúde, à sociedade e à família (FRANÇA; TÁVORA, 2012, p. 49).

Assim, considera-se uma nova modalidade de pena não privativa de liberdade, nunca aplicada na legislação penal, com o intuito de demonstrar os perigos que o uso de drogas causa à pessoa e, principalmente, à sociedade.

Outra modalidade de sanção indicada pelo artigo 28 é a prestação de serviços à comunidade, que se trata de uma imposição de atribuições e tarefas a serem prestadas de forma gratuita às entidades ou programas, como delimita o § 5º do referido artigo. Destaca-se que “[...] a prestação de serviços à comunidade foi erigida à categoria de pena principal, perdendo seu caráter substitutivo que lhe é imposto pelo Código Penal” (ANDREUCCI, 2013, p. 231).

Assim, na sistemática da Lei de Drogas, a sanção mais aplicada àquele que comete qualquer dos atos do artigo 28 é a prestação de serviços à comunidade, como forma de retribuição pelo fato ocorrido. Por fim, tem-se o comparecimento a programa ou curso educativo, que se trata de medida inédita em nosso ordenamento jurídico e, como o nome já diz, consiste em uma medida educativa para o combate ao uso de drogas.

Para garantir o cumprimento das medidas dispostas no artigo, caso o agente se recuse a fazê-lo, o juiz pode, de acordo com o § 6º da Lei,

submetê-lo a admoestação verbal ou multa. A primeira consiste “[...] em censura verbal feita pelo juiz, concitando o agente a cumprir a medida que lhe foi aplicada” (ANDREUCCI, 2013, p. 231). Já a segunda consiste em uma sanção pecuniária pela recusa injustificada de cumprir as penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo.

Vale frisar que a multa só poderá ser aplicada se, mesmo submetido à admoestação verbal, ainda assim o agente se recusar ao cumprimento das medidas educativas, dando assim todas as oportunidades possíveis para que o agente cumpra sem sofrer a sanção patrimonial.

Porém, a Lei não determinou somente sanções aos usuários e dependentes de drogas como também determinou, em seu § 7º, que será colocado à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado, a fim de que deixe o “mundo das drogas”.

Nesse viés:

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fato de profissionalização de criminosos (LIMA, 2015, p. 705).

Pode-se verificar que, desde a criação da Lei nº 11.343/2006, o que se tenta conquistar com a aplicação das sanções cominadas ao delito do artigo 28 é a educação do usuário ou dependente, para que esse tome consciência de que o uso de drogas pode prejudicar não só sua vida, mas a de diversas pessoas ao seu redor.

Feita então a análise do artigo 28 da Lei 11.343/2006, é possível tratar do tema principal deste trabalho, qual seja, se o delito do referido

artigo sofreu uma descriminalização ou despenalização com base na Lei de Drogas.

4 DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Desde que publicada a Lei nº 11.343/2006 surgiram diversas discussões doutrinárias a respeito do seu artigo 28. A principal diz respeito à descriminalização do ato de possuir drogas para consumo pessoal, que significa retirar a conduta do âmbito do Direito Penal, ou seja, deixar ela de ser crime.

Alguns doutrinadores entenderam que houve descriminalização a partir do momento em que o artigo retirou das sanções aplicáveis às condutas do artigo 28 a pena privativa de liberdade, visto que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal - LICP³ considera crime as condutas a que se aplica a pena de reclusão ou detenção.

No entanto, a doutrina majoritária entendeu que o fato de não ser aplicada a pena privativa de liberdade não retira o caráter criminoso da conduta. Assim, “não houve a descriminalização da posse de droga para consumo próprio, mas apenas a diminuição da carga punitiva, pois a Lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe pena (ainda que não privativa de liberdade)” (ANDREUCCI, 2013, p. 229).

De mesmo modo afirma-se que:

[...] não houve a 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, §1º, da nova lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto

3. Art. 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa [...].

e não pode ditar os parâmetros para a tipificação legal do século XXI (CAPEZ, 2006, p. 132).

Como se pode ver, a LICP, criada em 1941, está ultrapassada ao considerar crime as condutas cuja pena aplicável é a privativa de liberdade. Essa Lei foi criada para trazer considerações acerca do Código Penal, o qual sofreu alterações com o passar do tempo. Vale frisar que a LICP, tampouco considera as penas restritivas de direitos como espécie de pena, as quais estão previstas no próprio Código Penal. Assim, pode-se concluir que o artigo 1º da LICP é aplicável, atualmente, para diferenciar os crimes das contravenções penais:

[...] A LICP fornece um conceito genérico de crime, aplicável sempre que não existir disposição especial em sentido contrário. Além disso, a finalidade precípua não é dizer sempre o que se entende por crime, e sim diferenciá-lo da contravenção penal. O art. 1º da LICP permite, assim, a definição de conceito diverso de crime por leis extravagantes, reservando-se a sua aplicação para os casos omissos. Pode-se, portanto, concluir que o conceito geral de crime, sob o aspecto legal, continua a ser aquele constante do art. 1º da LICP, ao passo que o art. 28 da Lei 11.343/2006 criou um conceito específico para o crime de posse de droga para consumo pessoal (MASSON, 2014, p. 90).

Portanto, na existência de lei extravagante que defina crime de maneira diversa da LICP, pode-se desconsiderar o conceito presente em seu artigo 1º. Frisa-se que “[...] como as condutas são tipificadas como crime e a lei é especial, não há como aceitar que houve descriminalização” (SILVA, 2016, p. 46).

Portanto, pode-se afirmar que não houve descriminalização do ato de posse de drogas para consumo pessoal por estar, a conduta, classificada como crime na Lei de Drogas e, também, pelo fato de que a LICP possui a finalidade apenas de diferenciar os crimes das contravenções penais, podendo ser modificado seu entendimento com outra lei específica, como é o caso da Lei nº 11.343/2006.

Parte da doutrina, ainda, defende que não houve, inclusive, despenalização do delito do artigo 28 da Lei de Drogas, uma vez que existem

penas a serem aplicadas ao agente. Alegam, no entanto, que houve a descaracterização ou desprisionalização da conduta (FRANÇA; TÁVORA, 2012), em razão de não ser aplicada a pena privativa de liberdade.

Porém, já é entendimento majoritário na doutrina e, inclusive, nos Tribunais Superiores de que não houve a descriminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, mas sim, a despenalização da conduta:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L.11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107)”. II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (BRASIL, 2007).

Visto isso, considera-se que a conduta de posse de drogas para consumo pessoal do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 continua a ser considerada crime, tendo ocorrido somente uma despenalização, ou seja, sendo excluído de seu rol de penas a privativa de liberdade como sanção principal aplicável.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi elaborado de modo a verificar se a posse de drogas para consumo pessoal, conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, sofreu descriminalização ou despenalização a partir da publicação da atual Lei de Drogas.

Como já visto, a preocupação sobre o uso e o tráfico de drogas como problema social é um tema bastante recente, existindo diversas legislações esparsas sobre o tema que em nada auxiliaram na diminuição do problema.

Foi então que, em 2006, com a intenção de criar um sistema eficaz para o combate ao uso e ao tráfico ilícito de drogas, além de fazer a compilação das legislações já existentes sobre o assunto, foi criada a Lei nº 11.343/2006.

Com sua publicação, houve certo impacto em diversos doutrinadores pela sua disposição a respeito da conduta de usar drogas para consumo pessoal, presente no artigo 28 da Lei, uma vez que não mais se aplicava a pena privativa de liberdade e sequer vinha disposta junto com os demais crimes descritos na mesma Lei.

Assim, aconteceram muitos debates a respeito do tema, razão pela qual se passou a apresentar diversos entendimentos sobre o assunto, motivo esse que levou ao estudo realizado no presente trabalho. Portanto, é importante estudar sobre a possibilidade de descriminalização ou despenalização da conduta de usar drogas para o consumo pessoal disposta no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Para tanto, inicialmente foi apresentado o conceito da palavra “droga”, que pode ser entendida como a substância, natural ou sintética, ca-

paz de, após ingerida, provocar alterações físicas ou psíquicas, podendo ser classificadas em depressoras, estimulantes ou perturbadoras.

Ainda, pode-se afirmar que existem drogas consideradas lícitas, ou seja, que podem ser comercializadas e consumidas no Brasil, e as ilícitas, cuja venda e consumo são proibidos, estando essas elencadas na Portaria nº 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (AN-VISA).

Após, foi feita uma análise da conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, qual seja, a posse de drogas para consumo pessoal. Assim, verificou-se que ao usuário ou dependente de drogas não mais se aplica a pena privativa de liberdade, sendo-lhes aplicáveis as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Por fim, tratou-se a respeito do tema principal deste trabalho: se houve a descriminalização ou despenalização da conduta do artigo 28 da Lei de Drogas, concluindo, então, que, conforme entendimento de grande parte da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal, essa conduta não foi descriminalizada, por se manter no Capítulo da Lei intitulado “Dos Crimes e das Penas”, mas sim, despenalizada, por não se encontrar mais em seu rol de aplicação a pena privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 03 outubro de 1941). Rio de Janeiro, RJ, 09 dez. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 17 jun. 2022.

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. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Organização Mundial da Saúde. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10**: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Tradução: Dorgival Caetano, 1. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, p. 69-82, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 181486-SP**. Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Data de Julgamento: 13/09/2011, Data de Publicação: 05/10/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001446292&dt_publicacao=05/10/2011. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 430105-RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Data de Julgamento: 13/02/2007, Data de Publicação: 26/04/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 35920-DF**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma. Data de Julgamento: 20/05/2014, Data de Publicação: 29/05/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25099708/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-35920-df-2013-0056436-8-stj>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRANÇA, Bruno Henrique Príncipe; TÁVORA, Nestor. **Lei de Drogas**: Lei nº 11.343/2006. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. *In*: NERY FILHO, A., *et al.* (org.). **Toxicomanias**: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: CETAD, p. 243-267/2009. ISBN 978-85-232-0882-0. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público – APMP, 2016.

UNIFESP. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. **Livreto Informativo sobre Drogas Psicotrópicas**. 2022. Disponível em: <https://www.cebrid.com.br/livreto-informativo-sobre-drogas/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

Recebido em: 30/06/2022

Aprovado em: 29/09/2022