

A (in)eficácia da criminalização do consumo de drogas, estabelecido no art. 28 da Lei 11.343 de 2006 - Lei de Drogas.

Leonardo C. Virga

RESUMO

O presente artigo tem como foco a Lei 11.343 de 2006 - Lei de Drogas, no que diz respeito acerca da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, estabelecido no art. 28 de tal diploma. Para isso, discorrer-se-á acerca da evolução da legislação nacional de combate às drogas, comparando a atual lei com sua antecessora, além da exposição dos votos já proferidos no RE 635.659, em julgamento no STF, com repercussão geral sobre o tema deste artigo.

Por fim, busca-se trazer uma resposta em relação à eficiência ou não de tal norma, uma vez que, diante dos apontamentos feitos, fica claro que a criminalização de tal ato não é a melhor alternativa.

Palavras chave: Lei de Drogas. Consumo Pessoal. Criminalização. Ineficácia.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, importante trazer que as drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, fazem parte, de uma maneira ou outra, do cotidiano de todos os indivíduos. Entretanto, tal temática é um grande tabu na sociedade, já que, como se sabe, as drogas ilícitas na maioria das vezes são vistas com maus olhos pela população, que recriminam, embasados pela lei e discursos dos mais diversos, como religiosos e de

posicionamento político, os usuários de drogas. Serão apresentados, neste trabalho, as problemáticas em relação ao art. 28 da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas.

No Brasil, cumpre estabelecer que anteriormente à Lei 11.343/06, vigorava a Lei 6.368/76, a qual estabelecia pena privativa de liberdade aos usuários de drogas. Já no ano de 2006, foi promulgada a Lei 11.343, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Esta não tratou somente do usuário, mas também estabeleceu os crimes (como o tráfico de drogas), as medidas de prevenção e como se daria a reinserção de usuários.

Este estudo tem como ponto de questionamento o art. 28 da atual Lei, analisando sua eficácia e constitucionalidade. Com seu advento, o consumo de drogas continuou a ser criminalizado.

Entretanto, o legislador, neste novo diploma, substituiu a pena privativa de liberdade para estabelecer medidas socioeducativas, como se extrai do caput do art. 28, I, II e III, que estabeleceu que quem tiver, para consumo pessoal, drogas sem autorização e/ou em desacordo com a legislação, será penalizado com advertência sobre o efeito das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Como se sabe, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, traz que são considerados como crime os fatos ilícitos que a lei pune com reclusão ou detecção, o que iria de encontro com a norma analisada, fazendo com que ela deixasse de ser crime, porém, não é o que ocorre. O Supremo Tribunal Federal, no RE 430.105, como se verá adiante, trouxe que a substituição da pena privativa de liberdade para as penas socioeducativas não é causa *abolitio criminis*.

Por outro lado, diante de vários casos, o STF têm aplicado o princípio da insignificância nos casos em que a quantidade de droga apreendida para o consumo é mínima, já que a pouca quantidade de droga é irrelevante para a sociedade, não

havendo importância para o mundo jurídico, tornando, assim o fato atípico, não existindo a ocorrência de crime.

Diante destes fatos apresentados e de sua posterior análise, busca-se uma resposta em relação ao art. 28, da Lei 11.343/06: A norma é respeitada pela sociedade? A norma jurídica trazida à baila é aplicada a todos? E, além disso, buscar-se-á uma conclusão acerca da despenalização ou descriminalização da conduta estudada.

ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL DE COMBATE AS DROGAS

Antes de adentrarmos no mérito das duas Leis citadas, importante salientar que o Brasil, desde as Ordenações Filipinas, já mencionava questões referentes às drogas, àquela época, havia um título que proibia que qualquer pessoa portasse drogas comuns à época.

Já em 1915, fora promulgado o Decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro, que estabeleceu que o Brasil deveria aderir a Convenção Internacional do Ópio, esta responsável por controlar a produção e comercialização do ópio no mundo, sendo o Brasil signatário deste. Nesta época, ainda que houvesse inúmeras medidas contra os usuários de drogas, como a internação compulsória, a conduta destes não fora criminalizada (RIBEIRO, 2012, p. 26).

Ainda que por um breve momento, em meados da década de 30, o consumo de drogas tivesse sido criminalizado, o consumo somente readquiriria este caráter na época do golpe militar, que, com o Decreto-lei 385, de 26 de dezembro de 1968, alterou a redação do art. 281 do Código Penal vigente para equiparar a conduta do usuário de drogas à do traficante (RIBEIRO, 2012, p. 27).

Passado esse breve esboço histórico acerca da política de drogas brasileiras, chegamos até o advento da Lei de Entorpecentes, sob o número 6.368, de 21 de outubro de 1976. Lei esta, ainda que de maneira insuficiente, diferenciou a conduta do usuário com a do traficante de drogas. Esta lei teve como intuito fortalecer a ideologia de segurança nacional, sendo o sistema repressivo. (RIBEIRO, 2012, p. 27)

Passados vinte e seis anos com a vigência da Lei acima explicitada, esta se mostrou defasada, uma vez que os números referentes a criminalidade aumentavam vertiginosamente, principalmente no que se refere ao crime organizado, além de que, os métodos para combate ao tráfico e tratamento ao usuário dependente de drogas não estavam presentes. Tanto o traficante, como o usuários de drogas, eram tratados como criminosos, devendo ambos serem presos.

Houve ainda, no ano de 2002, a aprovação da Lei nº 10.409, que seria a substituta da Lei nº 6.368/76, entretanto, fora duramente criticada pela doutrina e por operadores do direito, tendo sofrido diversos vetos, vindo a ser descaracterizada. Diante dos vários vetos e das críticas impostas a essa nova lei, não houve a revogação da lei anterior, sendo que ambas vigoram mutuamente, inclusive, o capítulo que tratava das penas foi inteiramente vetado, continuando-se a aplicar os artigos da Lei 6.368/76 (SILVA, 2016, p. 13).

Foi somente após a apresentação de vários anteprojeto sobre o tema, que, por fim, sobreveio a Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, a atual Lei de Drogas. O professor e Ex.mo Promotor de Justiça do Estado de São Paulo César Dario Mariano da Silva trouxe que:

Usuário, dependente e traficante de drogas são tratados de maneira diferenciada. Para os primeiros, não há mais possibilidade de prisão ou detenção, aplicando-lhes penas restritivas de direitos. Para o último, a lei prevê sanções penais mais severas. Mesmo para os traficantes, há distinção entre o pequeno e eventual traficante e o profissional do tráfico, que terá penas mais duras. Para o dependente, pode ser imposto tratamento médico ou atenuar a sua pena. (SILVA, Cesar Dario Mariano da, Lei de drogas comentada, 2016, p. 13)

Assim, logo de cara, fica explícita a diferença entre as Leis analisadas, uma vez que na Lei de 1976, usuários e traficantes eram equiparados, sendo ambos passíveis de prisão.

Agora, com o advento da nova Lei, o usuário passa a ter tratamento diferenciado, entretanto, este ainda não é o fim do caminho, devendo-se, como será analisado mais a frente, ser feita a descriminalização do uso de drogas.

No próximo tópico, será analisado o tratamento dado ao usuário de drogas na nova lei, como ele era enxergado e como passou a ser visto, uma vez que, diferente da lei anterior, não havia diferenciação entre usuários e criminosos.

COMPARATIVO NO TRATAMENTO DADO AOS USUÁRIOS DE DROGAS NAS LEIS 11.343/06 E NA LEI 6.368/76

Este tópico tem por objetivo demonstrar a diferença entre o tratamento dado ao usuário de drogas em ambas as leis. A Lei já revogada trazia no art. 16, *in verbis*, que:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa

Já a atual Lei de Drogas, traz em seu art. 28, *in verbis*, que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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: 20 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.

Há quem diga que a mudança na expressão “uso próprio” para “consumo pessoal”, trouxe para este delito um enquadramento em condutas de crime com menor gravidade. (GRECO FILHO, 2009, p. 130), ademais, extrai-se que as condutas de ter em depósito e transportar consigo as drogas, que antes estavam elencadas no delito de tráfico de drogas, da Lei 6.368/76, também aparecem agora no art. 28, desde que caracterizadas para consumo pessoal.

Entretanto, como é sabido, a maior mudança e com maior relevância jurídica, é a extinção da pena privativa de liberdade, que estava prevista na Lei de 1976, em que o usuário de drogas estava passível a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Já no novo diploma, o legislador substituiu a pena privativa de liberdade para estabelecer medidas socioeducativas, como se extrai do caput do art. 28, I, II e III, que quem tiver, para consumo pessoal, drogas sem autorização e/ou em desacordo com a legislação, será penalizado com advertência sobre o efeito das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Ademais, ainda em relação a diferenciação entre o traficante e o usuário da droga, podemos estabelecer mais diferenças do que somente as tipificações do art. 33 e art. 28, respectivamente. A Lei de Drogas traz métodos de prevenção contra as drogas, trata a respeito da reinserção dos dependentes químicos a sociedade, como explicita o art. 24 do referido diploma:

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

O artigo 26 da Lei de Drogas também traz uma proteção ao usuário de drogas que esteja no ambiente carcerário, ao dizer, *in verbis*, que:

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

A mestre em direito pela UFBA, Emmanuela Vilar Lins, explicitou a diferenciação do usuário de drogas entre a Lei de 1976 e a atual Lei de Drogas:

Sem dúvida, o usuário era a figura mais prejudicada com a Política Nacional Anti-Drogas que vigorava com a lei anterior. E, erigido o respeito, autonomia e liberdade como primeiro princípio descrito na Nova Lei de Drogas, o que antes, apenas, se baseava em uma política repressiva, agora se encontra em equilíbrio com a política de prevenção, de redução de danos, de reinserção social e de assistência. Esta mudança de paradigma é decorrente de longas e incansáveis discussões travadas pela sociedade em seus mais diversos ramos, da qual originou-se um forte apelo social para que a legislação fosse alterada.

É com o escopo de reverenciar esta conquista social, que alcançou diferenciar o tratamento conferido ao usuário daquele destinado ao traficante, que a atual Lei deverá ser intensamente debatida e, primordialmente, divulgada, para que se possa, também, alcançar a efetividade da norma. Diante disto, alerta-se para a necessidade de interpretar a lei com o foco no cuidado e respeito ao usuário, deixando, pois, de aproximá-lo da noção de criminoso perigoso e marginalizado.(LINS, Emmanuela, A nova lei de drogas e o usuário, 2009, p. 254)

Após a análise dos dispositivos acima, bem como a explanação acerca da evolução histórica das legislações de combate às drogas no Brasil, fica demonstrada a tentativa da atual Lei de Drogas de reinserir o usuário de drogas na sociedade, mas sem deixar de puni-lo, ainda que com penas alternativas, como será visto adiante. A Lei 11.343/06 distinguiu o traficante do usuário, tendo inclusive majorado a pena para quem trafica drogas, como é possível extrair do art. 33 desta Lei.

Além disso, como já dito anteriormente, esta Lei, ainda que teoricamente, instituiu medidas para que o usuário seja reinserido na sociedade, como se viu nos arts. 24 e 26, que, por exemplo, possibilitam a concessão de benefícios a instituições privadas que reinsiram usuários de drogas no mercado de trabalho e a garantia de acesso aos serviços de saúde àquele usuário que encontrar-se cumprindo pena privativa de liberdade ou medida de segurança.

Por fim, ainda que com todos esses avanços, sabemos que o usuário de drogas ainda está cercado de muito preconceito, sendo caracterizado, muitas das vezes, como financiador do tráfico de drogas, fazendo com que sua reinserção na sociedade, no mercado de trabalho e até mesmo em sua família, seja prejudicada, uma vez que este não é tratado como uma pessoa doente, um dependente químico, mas sim como um criminoso que é a base de uma cadeia marginalizada e isso se deve às características da sociedade brasileira, que é proibicionista e preconceituosa.

DAS PENAS DO ART. 28 DA LEI 11.343/06

O art. 28 da Lei de Drogas traz em seus incisos, três diferentes tipos de penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Tais penas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor, como alude o art. 27 do diploma.

A pena de advertência sobre os efeitos da droga se resume em uma advertência feita pelo juiz, na qual este tentará demonstrar ao usuário de drogas os malefícios da droga. Tal pena não traz nenhum benefício, tanto para o réu, quanto para o autor, uma vez que se mostra totalmente ineficiente, haja vista a grande quantidade de reincidência quando falamos do consumo de drogas.

Já a medida de comparecimento a programa ou curso educativo, sendo possível visualizar o intuito pedagógico das penas aplicadas. Segundo Silva, “essas espécies de programas ou cursos, se bem administrados, podem conscientizar o usuário sobre os efeitos deletérios da droga” (SILVA, 2016, p. 56).

Sobre a advertência e a participação em programa ou curso educativo, Bittencourt afirma que:

[...]a “advertência” é integrada ao nosso direito positivo, como pena autônoma, para o usuário de drogas, que tem conteúdo especificamente definido em lei (reserva legal): advertência “sobre os efeitos das drogas”. Igual sorte ocorre com frequência a programa ou curso educativo, que passa a integrar o rol de penas consagradas em nosso sistema criminal. (BITENCOURT, Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 2012, p. 1625)

Por fim, temos a prestação de serviços à comunidade, de acordo com o parágrafo quinto do art. 28, deve ser 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. Assim, uma vez

que o usuário estará em um local onde pessoas estão se tratando dos malefícios da droga, este, em tese, visualizaria quais são os efeitos e quais danos as drogas trazem às pessoas.

Bitencourt traz interessante questionamento quanto a natureza destas sanções:

O § 6º do art. 28, referindo-se às penas cominadas no caput desse dispositivo, denomina-as “medidas educativas”, enquanto o caput do mesmo dispositivo, ao elencar as “seguintes penas”, denomina a terceira delas “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (inciso III). Poder-se-ia questionar a natureza dessas sanções, se seriam penas ou medidas? No entanto, a despeito de algumas divergências sobre sua natureza, não temos dificuldade em reconhecer que se trata, inequivocamente, de penas, e não medidas, por uma série de razões [...] (BITENCOURT, Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 2012, p. 1625)

Como dito acima, não podemos confundir tais penas com medidas, uma vez que se tratam efetivamente de penas criminais e que visam repreender àqueles que utilizam drogas (ainda que a criminalização do consumo de drogas esteja equivocada). Segundo Bittencourt, a aplicação de tais penas significa que a culpabilidade do autor foi reconhecida e que a pena foi, assim, merecida. (BITTENCOURT, 2012, p. 1629)

DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL

Inicialmente, cumpre estabelecer que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, traz que são considerados como crime os fatos ilícitos que a lei pune com reclusão ou detenção, o que poderia ser utilizado para argumentar que o porte de drogas para consumo pessoal tenha deixado de ser crime, entretanto, é sabido e consabido que isto não é verdade, não se trata de *abolitio criminis*, tal temática já foi inclusive julgada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 430.105, segue ementa para melhor elucidação:

ECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECDO.(A/S): JUÍZO DE DIREITO DO X JUIZADO ESPECIAL
CRIMINAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO **RECDO.(A/S):** JUÍZO

DE DIREITO DA 29ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S): MARCELO AZEVEDO DA SILVA

EMENTA: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. 11.343/06 - 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.

Como se vê, a LICP somente diferenciou crime de contravenção penal, não havendo o que se dizer em descriminalização do porte de drogas.

Entretanto, existem autores que acreditam que o porte de drogas para consumo pessoal foi descriminalizado, a descriminalização, segundo Edihermes Marques Coelho (COELHO, 2015), pode ser dividida em três vertentes: pode ser formal, quando seria a retirada de qualquer punição estatal à conduta; a substitutiva, quando as penas são substituídas por ilícitos administrativos ou fiscais, sendo punidos, por exemplo, com multa; e por último, a descriminalização de fato, que ocorre quando existe uma ineficácia total da normal, ainda que ela exista.

O autor Luiz Flávio Gomes é um dos que acredita que houve a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, este afirma que:

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas. (GOMES, 2006, p. 118).

Por outro lado, existem autores, como Edihermes Marques Coelho, que acreditam que houve somente a despenalização da norma, este trouxe que:

Trata-se do ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter do ilícito penal. Inclui todas as possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, sistema de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar e outros. O fato continua previsto como crime, mas sua pena seria diminuída ou seriam possibilitadas atenuações ou substituição por penas mais brandas. É o que ocorreu, como exemplo, nos art. 28 e 29 da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas. (MARQUES COELHO, . Direito Penal – Parte Geral, 2015, p. 43/44)

Ainda há o pensamento de que não houve descriminalização, tampouco despenalização, é o que acredita Cezar Roberto Bitencourt, este afirmou que o porte de drogas para o próprio consumo não foi descriminalizado, somente houve uma descarcerização da conduta, em suas palavras:

Houve, realmente, a descarcerização da conduta, com o afastamento de qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, mesmo na hipótese de reincidência. Contudo, isso não pode ser confundido com descriminalização, tampouco com despenalização (no máximo, uma despenalização parcial, com afastamento da pena de prisão), pois foram mantidas, como consequência da conduta tipificada, as penas de advertência, de prestação de serviços comunitários e de frequência a programa ou curso educativo. (BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 2012, p. 1629)

Um último pensamento, este de Cesar Dario (SILVA, 2016, p. 46), já citado anteriormente, não acredita que houve qualquer tipo de mudança, mas sim a manutenção da criminalização do porte de drogas, este se vale de julgados do STJ, como o HC 339592/SP e o REsp 1500884/SP em que firmaram o entendimento de que não houve a tal descriminalização, além de acórdão do STF, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, no RE 430.105 de 2007, que também findou por decidido que não houve descriminalização, continuando o porte de drogas para consumo pessoal a ser considerado crime.

Este autor, para justificar seu pensamento, argumenta que:

A Lei de Introdução ao Código Penal, como o próprio nome já diz, traz considerações acerca do Código Penal de 1940. Sabemos que a parte geral do Código Penal foi totalmente modificada pela reforma de 1984. A antiga parte geral do Código Penal sequer previa penas restritivas de direitos. Eram consideradas penas principais apenas a reclusão, a detenção e a multa (art. 28). Havia penas acessórias elencadas no artigo 67, mas não existia previsão de penas restritivas de direitos como conhecemos hoje. Por esse motivo, a Lei de Introdução ao Código Penal não fez menção às penas restritivas de direitos, que são consideradas espécies de penas pelo artigo 32 do atual Código Penal. O artigo 28 está inserido no Capítulo III, do Título III da Lei de Drogas. E este capítulo trata dos crimes e das penas. Ou seja, a própria lei diz que estas condutas são crimes. Desta forma, como as condutas são tipificadas como crime e a lei é especial, não há como aceitar que houve descriminalização. (SILVA, Cesar Dario Mariano da, Lei de drogas comentada, 2016, p. 46)

Por fim, após análise dos argumentos dos autores, entendemos ser o pensamento de Cesar Roberto Bitencourt o mais plausível, uma vez que descriminalização não ocorreu, pois ainda existem milhares de processos em andamento por todo o país nos quais usuários de drogas são denunciados e condenados a cumprirem tais penas, ainda que alternativas, por outro lado, também não houve despenalização, pois como já aludido, as penas ainda existem, somente não são restritivas de liberdade, então, o mais correto a se dizer é que houve a descarcerização da conduta, já que não se admite mais a pena privativa de liberdade.

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 EM JULGAMENTO NO STF

O recurso extraordinário 635.659 que tramita no Supremo Tribunal Federal é de grande importância para o presente estudo. Tal recurso discute, com repercussão geral, a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, estabelecida no art. 28 da Lei 11.343/06.

No caso concreto, trata-se de recurso interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face do Ministério Público do Estado de São Paulo, contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP, que manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, entendendo ser constitucional o art. 28 da Lei de Drogas.

Do voto do Ministro relator Gilmar Mendes, que reconheceu a existência de repercussão geral, é possível analisar do que se trata o presente caso:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659
SÃO PAULO RELATOR : MIN. GILMAR MENDES RECTE.(S)
:FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR
PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO RECDO.(A/S)
:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DE SÃO PAULO Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade
do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da
Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Decisão: O
Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão
constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar
Peluso, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Trata-se de recurso
extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São
Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de
Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei
11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas
para consumo pessoal. Neste recurso extraordinário, fundamentado no
art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação
ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O recorrente argumenta
que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006
ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente
previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o
princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153).
Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente

recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral. No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria.

Já foram proferidos três votos no presente recurso, o ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade do artigo 28, uma vez que “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”.

Gilmar Mendes ainda afirmou que a política de drogas está se transferindo para a área da saúde e não mais como segurança pública e que a atual lei de drogas caminha junto com essa transferência, entretanto, ainda que exista a mudança, que se tenha diferenciado o usuário e traficante:

[...]a mera previsão de condutas referentes ao consumo pessoal como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional.

Os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso também votaram a favor da descriminalização, entretanto, somente do porte de maconha para consumo próprio, julgando-se, assim, inconstitucional o art. 28 da Lei 11.343/06. O primeiro usou em seu voto o seguinte texto: “declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta”. A droga em pauta, no caso concreto, seria a maconha, em relação as outras drogas ilícitas, o ministro decidiu pela constitucionalidade do artigo. Já o ministro Barroso, também declarou a

inconstitucionalidade do referido artigo quanto à maconha, inclusive validando a produção de seis plantas da droga, a exemplo do Uruguai, até que o congresso se manifeste.

Já no ano de 2018, o novo ministro da casa, Alexandre de Moraes liberou seu voto e o Recurso Extraordinário deve ser novamente posto em julgamento, uma vez que o seu antecessor, o ex-ministro Teori Zavascki, que estava com vista dos autos, faleceu no ano de 2017, fazendo com que o julgamento fosse adiado.

Assim, tendo em vista tudo o que já foi discutido no presente estudo, fica claro a grande importância da discussão acerca da criminalização ou não do porte de drogas para uso pessoal.

Dos votos acima, é possível extrair que existe um movimento para que, enfim, se descriminalize o porte de drogas para consumo pessoal, entende-se que este é o caminho mais viável, pois, ainda que quando de sua promulgação a Lei 11.343 tenha sido tratada como inovadora, por diferenciar o traficante do usuário, esta não trouxe benefícios concretos, uma vez que a estigmatização do usuário ainda é muito grande.

Espera-se que os demais ministros votem pela descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que como já dito neste artigo, o consumo pessoal de drogas não se trata de um caso que envolva a segurança nacional, mas sim a saúde pública; os usuários e dependentes químicos devem ser vistos como pessoas doentes e não criminosos, deve-se afastá-los da figura de financiadores do tráfico, devendo estes últimos serem punidos e suas ações coibidas, como já está estabelecido na Lei de Drogas, porém, tal luta contra as drogas mostra-se ineficiente.

Ademais, sabe-se que nos dias de hoje, o uso de drogas ilícitas, principalmente a maconha, é amplamente consumida em todos os níveis sociais,

entretanto, é notório que, na maioria das vezes, somente indivíduos de baixa renda e que geralmente já cometeram outros crimes, são indiciados por tal norma.

Tatiane Bicudo, em seu livro “Porque punir? – Teoria Geral da Pena”, elucida bem o pensamento acima:

O discurso neoliberal, que tem pressionado os governos estatais a uma flexibilização de suas políticas públicas, rotulando de paternalistas os programas sociais, da sustentação a um outro modelo de Direito Penal, altamente discriminatório, e que serve como instrumento de promoção da segregação social dos excluídos do mercado e das atividades produtivas. Essa opção pode, por algum tempo, segregar os excluídos da sociedade economicamente globalizada, encarcerando-os, mas até quando estará apta a fazê-lo? Até quando será possível a manutenção de uma sociedade dividida em cidadãos e não cidadãos? Quantas prisões deverão ser erguidas? (BICUDO, 2010, p. 184)

Demonstrada assim, a partir da análise dos votos já proferidos, além do exposto em todo o artigo, que a descriminalização é o caminho mais viável a ser tomado, pois, como visto, é necessário afastar a imagem do dependente químico do traficante, não os tratando da mesma maneira.

CONCLUSÃO

Após toda a análise da norma presente no art. 28 da Lei 11.343/06, temos como ponto de partida para a conclusão desta temática, a questão de que se existe necessidade de movimentar a máquina jurídica sempre que um indivíduo for encontrado com drogas para seu consumo. Tal movimentação gera gastos ao poder público e faz com que os Juizados Especiais Criminais, que já estão abarrotados de processos, os recebam cada vez mais.

Além disso, levando em consideração que já houve a substituição da pena privativa de liberdade por medidas socioeducativas, questiona-se se não deveria existir a descriminalização do consumo de drogas, uma vez que como já dito, tal criminalização acarreta em muitos gastos e movimentação desnecessária da máquina pública. Ademais, a criminalização do consumo de drogas não impediu que houvesse aumento desta conduta, sendo esta ineficaz, uma vez que não atingiu o meio proposto.

A Guerra às Drogas, além de acarretar grandes gastos ao poder público, causa problemas muito maiores, como a morte de inocentes e estigmatização dos usuários de drogas. Este é tratado, como já aludido anteriormente, como o culpado pelo problema das drogas, quando, em verdade, o real inimigo são os grandes narcotraficantes que auferem lucros estratosféricos com o tráfico.

Ademais, um argumento que muita das vezes é utilizado por aqueles que são contra a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, é de que diante disso o consumo irá aumentar, acarretando, assim, no aumento da criminalidade, o que não ocorreria, uma vez que, diante da descriminalização, seriam tomadas diversas medidas para que o consumo não se dê de maneira desenfreada, como, por exemplo, campanhas educativas, limite para quantidade de drogas que cada um possa portar, locais específicos para o uso de drogas e etc., entretanto, este não é o assunto deste artigo.

A criminalização do porte de drogas não acarreta em benefícios a sociedade, ao contrário, somente traz malefícios, como ofensa a princípios presentes em nossa Constituição, viola a intimidade, a vida privada, estabelecidos no art. 5º, X da CF. Além disso, há uma discricionariedade enorme em relação aos usuários, vez que, na maioria das vezes, a única testemunha presente no momento da abordagem é o próprio policial, sendo este o único a atestar que o usuário estava realmente com tal quantidade de droga.

Ao ser abordado por um policial, o usuário passa por todos os constrangimentos de uma abordagem policial, é tratado como um criminoso, sendo encaminhado a Delegacia de Polícia para os trâmites legais. Caso houvesse uma abordagem humanizada, sendo demonstrados os malefícios que a droga traz, o dependente químico possivelmente procuraria auxílio, uma vez que nem todos gostariam de estar em tal situação, ainda neste exemplo, a criminalização do porte de drogas afasta pessoas que procurariam auxílio, uma vez que estes possam temer serem taxados como criminosos.

Demonstrada assim, a grande importância deste tema, pois, diante dos problemas que a criminalização do consumo de drogas traz e após a exposição e análise de todos os tópicos, entende-se que a opção mais viável é a descriminalização de tal ato, devendo a Política de Guerra às Drogas ser trocada por outra, esta atual não traz resultados benéficos, não previne o uso; não reinsere socialmente o usuário na sociedade e criminaliza o usuário.

O julgamento do Recurso Extraordinário relatado acima é de grande importância, espera-se, assim, que seja julgada a inconstitucionalidade de tal ato, já que esta política somente estigmatiza os usuários, por sua classe social, cor ou grupo, além de que ela é incriminadora e não possibilita a criação de políticas sociais de acesso a campanhas educativas acerca do uso de drogas, de internação para aqueles que julgarem necessário, além de serviços sociais, para que, deste modo, a política de drogas brasileira seja humanitária e não incriminadora.

ABSTRACT

This article focuses on the Law 11.343 of 2006 - Drug Law, which concerns the criminalization of possession of drugs for personal use, established in art. 28 of such diploma. To do so, discuss the evolution of national drug law, compare the current law with its predecessor, and expose the votes already cast in RE 635.659, on trial at the Supreme Court, with general repercussion on the subject of this article.

Finally, look for a response regarding the efficiency or not of the norm, since, given the indicators made, it is clear that criminalization of such an act is not the best alternative.

Key words: Drug Law. Personal Use. Criminalization. Ineffectiveness.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011.** – São Paulo: Saraiva 2012.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Brasília-DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: novembro.2019

BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.. Acesso em: novembro.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.. Acesso em: novembro.2019.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Porque Punir? – Teoria Geral da Pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Edihermes Marques. **Direito Penal – Parte Geral – Volume 1**. Minas Gerais: Del Rey, 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. orgs. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, pp. 243-267. Drogas: clínica e cultura collection.. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada - 2. ed.** São Paulo : APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

RIBEIRO, Maurirdes de Melo. **Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais**. 2012. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032013141828/publico/TESE_COMPLETA_PDF_MAUERIDES_DE_MELO_RIBEIRO.pdf