**PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL: A nova sistemática da Lei 11.343/06 em face de princípios do Direito Penal[[1]](#footnote-1)**

***Luane India do Brasil e***

***Thaís Abdalla Bastos[[2]](#footnote-2)  
Maria do Socorro Almeida de Carvalho[[3]](#footnote-3)***

**SUMÁRIO**: Introdução; 1 Evolução das leis de drogas no Brasil; 2 A Lei nº 11.343/06 e seu art. 28; 3 O debate entre o ilícito do porte de drogas para consumo pessoal, os Princípios Penais e os Princípios Fundamentais 4 Entendimento do STF e discussão acerca da (des)criminalização da conduta em questão; Conclusão; Bibliografia

**RESUMO**

O presente artigo visa tratar do porte de drogas para consumo pessoal, entretanto terá como um dos enfoques os princípios afetados pela criminalização desta conduta e seus possíveis conflitos. A lei 11.343/2006, em especial seu art. 28, é um dos assuntos abordados, tendo em vista sua redação, cuja principal mudança trazida ao nosso ordenamento jurídico é o fato de não mais prever a pena de prisão ao usuário que se encontrar em posse de drogas. Sendo assim, tratar-se-á da lei em questão, em detrimento da aplicação dos princípios que fundamentam nosso ordenamento jurídico, especificamente o Direito Penal. Há, a partir dessa transformação, discussão acerca do porte e consumo de drogas para uso pessoal, fato que será abordado ao longo do trabalho, considerando, inclusive, a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da (des)criminalização dessa conduta. Busca-se, também, entender se, com a nova lei, pretende-se obter a descriminalização, a legalização ou a despenalização pela posse de drogas.

**PALAVRAS-CHAVE**

Drogas. Consumo Pessoal. Porte de Drogas. Princípios. Ilicitude.

**INTRODUÇÃO:**

A Lei nº 11.343/2006, a chamada Lei Antidrogas, vem sendo um assunto polêmico nos últimos tempos. O presente artigo tratará dessa lei, tendo em vista e como foco principal seu artigo 28, referente à conduta de porte de drogas para consumo pessoal, cujo conteúdo retira a pena privativa de liberdade para o usuário, prevista, anteriormente, no art. 16 da Lei nº 6.368/1976, aplicando-se a ele novos tipos de sanção.

Como é de se imaginar, há um imenso debate doutrinário acerca da ocorrência de descriminalização ou não da conduta a que se refere este projeto de pesquisa. Também é de se ressaltar que, socialmente, essa questão é bastante discutida, e a intensidade do debate em torno da legalização de drogas, comprova que o tema “drogas” produz grande impacto na população brasileira atual. Não há o que se discutir quando se afirma que tal tema suscita questões não apenas sociais e morais, como também questões jurídicas e, até mesmo, médicas e sanitárias, fazendo-se mister que haja discussão a seu respeito.

Tentar-se-á, através deste artigo, esclarecer pontos controversos que passaram a existir com a mudança do ordenamento jurídico no que tange a esse assunto, com o intuito de avaliar toda a polêmica que rodeia o tema. Ao serem abordadas e esclarecidas as questões preliminares que permitirão maior entendimento sobre a matéria, adentrar-se-á no mérito da questão através da análise da Lei 11.343/2006. Nessa linha de raciocínio, um dos enfoques abordados será o que diz respeito aos princípios afetados pelo ilícito penal. A partir de então, além de analisarmos a doutrina, analisaremos a jurisprudência e o posicionamento de órgãos superiores, como, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, acerca da descriminalização e despenalização daqueles que consomem drogas e possuem seu porte apenas para uso pessoal.

**1 EVOLUÇÃO DAS LEIS DE DROGAS NO BRASIL**

À priori, é importante ressaltar que o conceito de drogas, de acordo com Elena Cristina Bonjardim e Ana Cláudia Maciel (2011), é de origem persa droa (odor aromático), do hebraico antigo droog, que significa “folha seca”, destacando a ideia de que quase todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais. Há registros enaltecendo a utilização de símbolos e de certas substâncias no que diz respeito a rituais religiosos praticados pelo homem no cultivo de sua fé desde os primórdios. Sendo assim, as plantas faziam parte desses rituais, agindo como ingredientes para tais, bem como atuavam como produtos medicinais. Eram adicionados a essas plantas uma variedade de ingredientes com o intuito de tornar ainda mais aguçadas as suas propriedades analgésicas. Um bom exemplo disso, que fez grande sucesso durante o século XIX na China, bem como há mais de 6 mil anos na Grécia, ganhando destaque na obra de Homero, Odisséia, foi o ópio, que era utilizado como estimulante contra a fadiga e a falta de alimentação entre os nômades, assim como também servia para o tratamento de doenças intestinais e no combate à cólera (BOTELHO, 1985). Logo, pode-se concluir que há mais de dez mil anos o homem utiliza-se de drogas tanto para fins medicinais quanto a fim de obter experiências místicas, uma vez que a partir dos rituais meramente religiosos, foram sendo descobertos, naturalmente, novas propriedades, que atuavam de forma a produzirem diversos efeitos no organismo humano. O ópio, a cannabis e o álcool sempre foram as mais utilizadas. Ao longo dos anos e, conforme foram sendo descobertas, uniram-se a estas drogas o ecstasy, o crack, a morfina, a heroína e a cocaína. Entretanto com o passar dos anos, seu consumo passou a ser abusivo, tornando-se uma das maiores preocupações da sociedade e da política nacional.

A Lei acerca da qual trataremos neste trabalho define drogas em seu art. 1º da seguinte forma:

Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes.

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

Nota-se que, conforme as leis foram evoluindo, até mesmo algumas nomenclaturas foram modificadas, como, por exemplo, deixou-se de usar o termo “entorpecentes”, passando-se a utilizar “drogas”, o que, obviamente, gerou diversas críticas.

Sinceramente, prefiro a expressão da lei revogada, haja vista que a droga é produto manipulado, quando a política pública se volta contra toda substância entorpecente, ainda que não seja resultante de algum preparo do homem. A maconha, por exemplo, não conta com qualquer produto químico ou elaboração em laboratório, prestando-se ao consumo na sua forma in natura. Na verdade, melhor é a dominação empregada pelo Decreto nº 79.388, de 14.3.1997, em decorrência da que foi utilizada na Convenção de Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, a 21.2.1971. (ROSA, 2007)

Partindo desse pressuposto, analisaremos a evolução das leis de drogas no Brasil destacando o fato de que foi a partir do século XIX que tivemos, em sociedade mundial, a primeira discussão acerca do tema “drogas”. Foi a partir do que ocorria na China em relação ao ópio e sua imensa fabricação que a Inglaterra, a fim de evitar o crescimento econômico chinês, designou medidas que sancionariam a produção e o comércio do ópio. Foram estas medidas: os Tratados de Nanquim e Tientsin.

Em nosso país, as Ordenações Filipinas, 1603, já previam penas de confisco de bens e deporto para a África àqueles que portassem, vendessem ou até mesmo utilizassem substâncias tóxicas. Mas foi em 1880 que, pela primeira vez, sob o ponto de vista penal, fora abordada a questão pelo Código Penal Republicano, que punia quem colocasse à venda ou ministrasse “substância venenosa”, porém se calou sobre o que diz respeito aos usuários dessas substâncias. Apesar de tudo isso, a facilidade referente ao acesso às drogas ainda era muito grande.

Em 1912 ocorria a Conferência Internacional do Ópio, marco histórico no controle mundial de drogas, ao qual o Brasil se submergiu. Esta Conferência culminou na assinatura do Convênio de Haia, e foi a partir de então que a produção e a comercialização da morfina, da heroína e da cocaína foram reguladas.

Em 1932, por mediação do Decreto 20.930/32, a posse de drogas passou a ser criminalizada, e aqueles que violassem os regulamentos sanitários seriam punidos. Já em 1938, o Decreto nº 2.994 vem a “promulgar a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas”. E, ainda neste mesmo ano, o Brasil promulgou o Decreto-Lei 891, cujo conteúdo aprovou a lei de fiscalização de “entorpecentes” e, em seu art. 27, determinou: “ a toxicomania ou a intoxicação habitual, por substâncias entorpecentes, é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado, à autoridade sanitária local.”

A partir daí, com o excesso e mau uso das drogas, passou a existir uma visão voltada a problemas de saúde e problemas de segurança pública consequentes desses tipos de conduta, fato que passou a ser desenvolvido por tratados internacionais na primeira metade do século passado, voltando-se para o âmbito nacional e, posteriormente, à legislação nacional. Foi então que, em 1940, o Código Penal nacional decide por não criminalizar o consumo de drogas.

Somado a isso, vale ressaltar que foi com o Código Penal Brasileiro e seu art. 281, que era exposta a diferença entre as condutas de tráfico e de consumo de drogas, bem como trazia o Decreto de 20.930/32. Porém tal dispositivo fora modificado posteriormente, com o Decreto nº 385/68, o qual abordava a relação de equiparação entre o usuário de drogas e o traficante – cujas penas aplicadas a ambos era idêntica.

Como afirma o site do Senado, o ano de 1973 foi quando o Brasil aderiu ao acordo sul-americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, baixando, com base neste acordo, a Lei nº 6.368/1976, a qual possibilitava o discernimento entre as figuras do usuário e a do traficante, fixando também a necessidade de um laudo toxicológico a fim de comprovar o uso.

Aliado à última atualização em nosso ordenamento jurídico, foi determinado que o tráfico de drogas se tornasse crime inafiançável e sem anistia. Com a Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, foi proibido o indulto e a liberdade provisória, bem como foram dobrados os prazos processuais, com o intuito de aumentar a duração da prisão provisória. Todavia a Lei de Drogas, tratada neste projeto de pesquisa, como mais uma vez é dito no site oficial do Senado, foi quem eliminou a pena de prisão para o usuário e dependente de drogas, para aquele que a possui para consumo pessoal. Outra distinção feita pela legislação foi acerca das “espécies” de traficantes: profissional e/ou eventual. Este trafica a fim de obter a droga para seu consumo próprio, passando a ter direito à redução de pena.

**2 A LEI Nº 11.343/06 E SEU ART. 28**

A Lei nº 11.343 de 2006 surgiu com o intuito de revogar duas Leis: a de número 6.368/76 e a de número 10.409/02. Estas duas últimas leis já sofriam algumas divergências uma em relação à outra, fato que fez com que a segunda revogasse parte da primeira lei. Entretanto alguns penalistas consideravam estas leis já superadas se fossemos analisar a realidade atual, mesmo após a revogação de parte da Lei nº 6.368/76. Nesse contexto, surge a Lei nº 11.343 no ano de 2006 com a finalidade de corrigir imprecisões e falhas existentes nas duas leis supracitadas, bem como de determinar os caminhos que devem ser seguidos no que diz respeito ao modo como deve agir o Direito Penal frente aos usuários e dependentes de drogas.

O SISNAD é o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, e o Título II dessa lei é dedicado a ele, podendo ser observado a partir do art. 4º uma lista de princípios como o “respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, relacionando-o à sua autonomia e liberdade; a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados.”.

A lei em questão tanto traz algumas mudanças quanto inovações nos campos processual e material, entretanto o grande foco desse artigo e uma dessas principais e mais discutidas inovações diz respeito ao seu artigo 28, cujo conteúdo refere-se ao novo tratamento dispensado àquele que portar drogas para consumo pessoal:

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.

A grade razão para tanta discussão diz respeito à sua efetividade, por conta, principalmente, das penas impostas a quem age de acordo com essa conduta, haja vista o fato de que, com essa lei, as penas privativas de liberdade foram excluídas, cabendo apenas àqueles que plantam, financiam ou traficam droga sem permissão legal.

O §1º do art. 28 inovou ao considerar crime a conduta de quem “semear, cultivar ou colher, para consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica” (grifo meu). Na antiga lei, a de nº 6.368/76, essa conduta era equiparada ao tráfico. Entretanto, há que se falar em uma mudança nesta última lei citada, apenas pelo fato de ter sido acrescido às condutas de “adquirir”, “guardar”, “trazer consigo” a conduta de quem tem em depósito ou transporta, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no que tange ao art. 16. O §2º consiste em determinar a finalidade a que se destina a droga apreendida na conduta referente ao art. 28, bem como a subsunção no tipo penal de uso ou tráfico.

O que se nota é que com a nova lei, há uma grande discussão jurídica acerca da aplicação do Princípio da Insignificância por conta do novo enfoque e desfecho dado à conduta de porte de drogas para consumo pessoal no que tange à questão da quantidade ínfima de drogas. Claro que há de se falar em divergências, uma vez que existem doutrinadores que defendem a posição de que a mera conduta descrita no art. 28 da lei discutida já é considerada crime de perigo abstrato e presumido, devendo, portanto, ser excluída a possibilidade de aplicação do princípio citado. Entretanto, o STF, em julgamento do Habeas Corpus nº 84412, que teve como relator o Min. Celso de Mello, decidiu pela possibilidade de aplicação desse princípio àquele usuário que for encontrado com quantidade ínfima de drogas. Aliado a este posicionamento, o STJ decidiu de forma semelhante no HC nº 17956-SP, que teve como relator o Min. Vicente Leal. (MAIA, 2008).

**3 O DEBATE ENTRE O ILÍCITO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL, OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

Outro aspecto relevante no tocante à nova forma de tratamento do usuário de drogas está relacionado à proteção pelo SISNAD dos direitos fundamentais da pessoa humana, mais especificamente em relação à sua autonomia e liberdade. Ora, como já reforçado anteriormente, a droga é parte integrante das diversas culturas espalhadas pelo mundo há muito, integrando variados aspectos sociais entre as pessoas através da história. A partir disso, notamos que a sua relação com o homem sofreu diversas mudanças e hodiernamente adquiriu uma faceta obscura.

As concepções da droga para com o homem, de estimulantes em rituais sagrados ou sociais convergiram drasticamente, através do curso da história, para produtos comercializados através do crime e não obstante ainda muito difundidos e consumidos pela população mundial. Percebemos então que a droga, mais especificamente na modalidade recreativa, ainda possui enorme consumo, revelando o aspecto de constante procura. Como o próprio SISNAD elenca no início de seu art.4º, a autonomia e liberdade são princípios visados naquela lei. Em outros termos, por certa mudança de abordagem perante o simples usuário da droga, a lei por este aspecto enaltece a independência do usuário em poder decidir se quer ou não consumir entorpecentes, o que também se relaciona com o princípio da liberdade de disposição do próprio corpo.

Esta argumentação se apresenta de forma controversa por ir de encontro a outros princípios que a própria lei abarca posteriormente: caso o consumo seja, de alguma forma, legalizado, o que não o é atualmente, o seu crescimento poderia atingir altos níveis e comprometer a saúde pública com diversos toxicômanos. Ademais, esta nova política de tratamento às drogas apresenta ainda certas inconstâncias: desde o limiar subjetivo que irá distinguir usuário de traficante no caso específico até a conexão entre um e outro. (LARANJEIRA, 2010, p. 627).

Ora, se percebermos a nova política de drogas como tendência mitigadora para com o usuário, seja com a despenalização ou uma possível descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, a mesma encontraria árduo obstáculo: a droga não é legalizada. Tal fato nos remete novamente à figura do traficante, o qual ainda seria o fornecedor da droga para o usuário. Esta dicotomia se apresenta no demasiado esforço do Estado em fornecer serviços de ajuda para os usuários pela rede de saúde pública até o combate direto ao crime e violência oriundos da comercialização da droga.

Antes de separarmos por completo os tratamentos concedidos ao usuário e ao traficante, o que de certa forma são incompatíveis, pelo fato desta nova política concentrar o tratamento do usuário no certame da saúde pública enquanto o traficante seria regulado pelo Código Penal, é de saudável necessidade uma discussão social acerca da droga. Em outros termos, o debate ainda precisa ser acalentado em nossa sociedade, desde o esclarecimento e educação sobre as drogas já no decorrer da vida escolar até extensas campanhas como ocorreu com álcool e cigarro, especialmente o último, que se apresenta de forma bastante regulada pelo Estado. O psiquiatra Ronaldo Laranjeira (2010) esmiúça:

O desafio do debate das drogas no Brasil não é se devemos afrouxar as leis da maconha, por exemplo, mas apresentar dados e informações e produzir uma política passível de ser avaliada constantemente. A implementação dessa política não ocorre espontaneamente, mas como uma ação determinada de governo. Talvez seja inútil esperar por uma grande política nacional de drogas. Os estados e municípios poderiam se envolver nessas ações com a ajuda comunitária. A sociedade civil já está bastante mobilizada sobre o assunto álcool e drogas. É necessário que os governos democraticamente eleitos mostrem a sua capacidade de organizar uma resposta adequada a esse problema, que afeta milhões de brasileiros.

Conforme foi verificado no tópico anterior, a legislação brasileira acerca do combate às drogas, além de não distinguir de maneira satisfatória a figura do usuário da figura do traficante, acabava por criminalizar e penalizar sujeitos com diferentes papéis no cenário delitivo de maneira igual. Com o advento da Lei 11.343/06, o legislador ordinário teve o cuidado de destinar tratamento diferenciado ao mero usuário de drogas, dando-lhe tratamento mais benevolente em virtude do atual cenário político-criminal no qual se encontra o país.

A referida mudança do cenário legislativo se deu em razão e permeada por princípios fundamentais e penais que servem de base para o atual panorama de constitucionalização do Direito Penal. Dentre tais princípios, convém ressaltar inicialmente o Principio Fundamental da Legalidade Estrita no Direito Penal, o Princípio da Intervenção Mínima, o Princípio da Lesividade, e o Princípio da Insignificância.

Segundo o Princípio da Intervenção Minima, o Direito Penal deve ser destinado a tutelar determinados bens jurídicos, criminalizando apenas aquelas condutas que forem consideradas de relevante afronta a esses mesmos bens. A intervenção deve ser mínima, pois o Direito Penal é tido como a última *ratio* do ordenamento jurídico, uma vez que busca repreender de maneira mais rígida as condutas tipificadas como crime. De posse dessa definição, nota-se que o teor do art. 28 da Lei 11.343/06 é resultado desse movimento de retração do Direito Penal, reprimindo apenas aquele sujeito cuja conduta seja realmente relevante. Assim, há que se averiguar a tipicidade material da conduta tida por criminosa, pois "crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade". (CAPEZ, 2009)

O Principio da Lesividade, segundo Luiz Flávio Gomes:

Constitui um princípio fundamental para legitimar o direito penal no Estado Democrático de Direito. Tal princípio, em suma, determina que o direito penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente tutelado, haja vista, não ser função do direito penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro, como ocorria em diversas regiões na Europa medival que sancionava o homossexualismo e a prática da prostituição, por exemplo.A conduta lesiva, deve ainda afetar interesses de outrem, portanto, não haverá sanção quando os atos praticados pelo agente e seus efeitos permanecerem na esfera de interesse do próprio agente, como no caso da autolesão que não é punível, pois a lesão à integridade física não afeta interesse alheio apesar da conduta de lesão corporal constituir fato típico.

Assim, ao estabelecer o teor do art. 28, o legislador também se pautou no princípio da lesividade na medida em que desconsiderou o desvalor da conduta do mero usuário de drogas, pois, a princípio, o simples uso da substância tóxica em quantia tida como moderada não afetaria a esfera de liberdade dos demais sujeitos que estivessem no entorno do usuário.

Quanto ao Princípio da Insignificância, tem-se que Luiz Flávio Gomes, doutor e mestre em Direito Penal, defende a seguinte posição:

A posse de droga para consumo pessoal transformou-se (com a nova lei de drogas que será sancionada em breve) numa infração “sui generis” (art. 28, que não comina pena de prisão). A ela se aplica, isolada ou cumulativamente, uma série de medidas alternativas (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo). Quando, entretanto, se trata de posse ínfima de droga, o correto não é fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, sim, o princípio da insignificância, que é causa de exclusão da tipicidade material do fato.

É de expressiva importância o entendimento de Edilson Mougenot Bonfim e de Fernando Capez a propósito da matéria em questão:

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil 'minimis non curat praetor' e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.

Por fim, o princípio da Legalidade Penal Estrita revela a um só tempo o motivo formal e o instrumento no processo de descriminalização da conduta de mero uso de tóxicos. A uma pela sua própria definição, segundo a qual não há pena sem crime, nem crime sem que a lei o preveja; A duas, por ser a manifestação aparente da qual se valeu o legislador para descriminalizar uma conduta cuja lesividade não se mostrara mais relevante.

Dessa forma, possível notar que a diferenciação trazida entre um mero usuário de tóxicos e o traficante pautou-se nos princípios fundamentais do Direito Penal, resultando em importante efeito prático, qual seja a descriminalização da conduta do mero usuário. Revela, a um só tempo, o fundamento e o resultado da atual política criminal do nosso Estado Democrático de Direito, baseado nas premissas de constitucionalização do Direito Penal.

**4 ENTENDIMENTO DO STF E DISCUSSÃO ACERCA DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA EM QUESTÃO**

Uma das questões relacionadas à Lei n. 11.343/2006 diz respeito à dúvida acerca de sua (des)criminalização diante das mudanças e do novo tratamento penal dado às condutas acondicionadas ao seu art. 28.

Há diversos artigos e citações vindos do jurista Luiz Flávio Gomes, que acredita ter havido a descriminalização da droga para consumo pessoal e é um dos maiores expoentes que defendem esse entendimento, fundamentando seu entendimento 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

Analisando toda a problemática, pode-se concluir que o que existe, de fato, é uma infração sui generis. Ora, se crime, em nosso país, é uma conduta punida com reclusão ou detenção, não importando o fato de ser isolada, cumulativa, ou alternativa com multa, não há que se discutir: a posse de drogas para consumo pessoal deixou de ser considerada crime, haja vista o fato de que as sanções impostas aos usuários são claramente menos severas, não conduzindo o usuário a nenhum tipo de prisão. Sendo assim, também não é possível considerarmos que a conduta é uma contravenção penal, uma vez que esse tipo de infração penal implica na mesma imposição de prisão simples ou multa.

Assim, Luiz Flávio Gomes entende que:

Infração "*sui generis*": diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de "crime" nem de "contravenção penal" porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, "*sui generis*". Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é "crime" nem é "contravenção" nem é um ilícito "administrativo": é um ilícito "*sui generis*".

O que se vê é que grande parte da doutrina defende que houve descriminalização da conduta, com o pensamento e o convencimento de que o que ocorre é a retirada do ordenamento jurídico penal de certas condutas não tão graves ou que deixem de ser delitivas. Alguns dos mais expressivos argumentos que servem de exemplo são referentes ao fato de a conduta não chegar a obstruir a convivência em sociedade, colocar em perigo valores fundamentais da sociedade, não demonstrar nenhuma periculosidade social, possuir reduzido grau de reprovabilidade do comportamento incriminado e a inexpressividade da lesão jurídica provocada – o que nos remete ao Princípio da Insignificância.

No que tange à posição do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar que ainda há bastante divergência acerca do assunto. Luiz Flávio Gomes afirma em sua página oficial que

De nada adianta, de outra parte, conceber o usuário como ‘criminoso’ ou ‘tóxico-delinquente’ se todos sabemos que as consequências que lhe podem alcançar (por força da nova lei) destoam completamente disso. O juiz sabe que nada pode fazer contra ele em termos coativos (imperativos). A dureza nominal (‘criminoso’) não se corresponde com a realidade. Denominar o art. 28 de ‘crime’, portanto, pode significar a banalização desde conceito no Direito Penal. Passamos a ter um crime com consequências pífias (inexpressivas) caso o infrator não cumpra as sanções impostas pelo juiz. A nova lei banalizou a função do juiz; o STF, com a devida vênia, acaba de banalizar o conceito de ‘crime’.

Hoje, é de conhecimento de todos que a Primeira Turma do STF aplica o princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo próprio. À priori, o Min. Ricardo Lewandowski apresentou seu voto a favor da não aplicação do princípio, apresentando alguns motivos como o fato de o objeto jurídico da norma em questão ser a saúde pública e não apenas o usuário, e o crime de porte ilegal de drogas ser um crime de perigo abstrato. Entretanto, posteriormente, a Primeira Turma do STF, em julgamento de Recurso Extraordinário nº 430105 QO/RJ de 13/02/2007, a qual teve como relator o Min. Sepúlveda Pertence, onde o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ, diante da violação aos artigos 2º, 5º, XL e 98, I da CF, alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar a conduta prevista no art. 16 da Lei 6.368/79 (antiga Lei Antidrogas), desconsiderou a incidência de *abolitio criminis*, ou seja, tornar atípica penalmente determinada conduta até então proibida legalmente, em relação ao art. 28 da Lei de Drogas, bem como o fato de a conduta ser uma infração *sui generis*, com o embasamento de que referido tipo possui natureza criminal.

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.

Portanto, percebe-se que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro vem adotando posicionamento alinhado à política criminal de minimização do Direito Penal, na medida em que ratifica o teor da norma contida no art. 28 da Lei 11.343/06, conferindo-lhe interpretação consoante os princípios da intervenção mínima do Direito Penal, da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que o usuário de drogas não sofrerá o recrudescimento da normal punitiva.

**CONCLUSÃO**

O que se pode concluir é que, atualmente, as drogas são um mal que atingem todo tipo de classe social em qualquer lugar do mundo, o que leva a crer que há grande facilidade em adquiri-las e grande dificuldade em controlar sua “disseminação”, fato este que faz com que sejam uma das maiores preocupações entre todos os países.

No Brasil, desde o ano de 1890, as normas jurídicas tratam do consumo de drogas, tentando, de certa forma, evoluir ao mesmo passo pelo qual a realidade social caminha. Foi então que em 2006 o legislador ordinário promulga a Lei nº 11.343, trazendo consigo seu art. 28, cujo conteúdo possui sanções de caráter menos punitivo e mais pedagógico ou “educativo”, rejeitando qualquer possibilidade de pena de prisão. Parte da doutrina acredita que houve, com a criação desta Lei, um avanço considerável da legislação penal do nosso país. Algu8ns juristas defendem a ocorrência da descriminalização ou despenalização da conduta referente ao porte de drogas para consumo pessoal, referente ao art. 28 da referida Lei de Drogas.

Ao longo do artigo, foram citados princípios que, de alguma forma, se relacionam com a lei tratada. O Princípio da Insignificância foi o de maior destaque, haja vista o fato de possuir maior engajamento com a discussão acerca da descriminalização ou não da conduta abordada. Além disso, ao final do estudo, destacou-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao serem elencadas algumas decisões já proferidas por este órgão.

Assim sendo, concluímos que a norma penal estudada e a nova forma de punibilidade destinada àqueles que agirem de acordo com o que discorre seu texto representa grande avanço ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que é justo e compreensível que haja um tratamento mais humanitário e “proporcional” aos usuários de drogas ilícitas que as portem em quantidade ínfima – o que não se via até então conforme estabeleciam outras normas penais.

**REFERÊNCIAS**

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal** - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. **A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira.** Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>. Acesso em: 9 set. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Para o STF, o usuário de droga é um tóxico-delinquente.** Disponível em: <http://www.blogdolfg.com.br/article.php?story=2007120709434289546> Acessado em: 24 out. 2012.

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERISSIMO, Marcos. **A "dura" e o "desenrolo"**: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro.Rev. Sociol. Polit.,  Curitiba,  v. 19,  n. 40, out.  2011 .   Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0104-44782011000300010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em:  20  ago.  2012.

LARANJEIRA, Ronaldo. **Legalização de drogas e a saúde pública**. Ciênc. saúde coletiva,  Rio de Janeiro,  v. 15,  n. 3, maio  2010 .   Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1413-81232010000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em  20  ago.  2012.

MAIA, Emanoel Ferreira. **Art. 28 da Lei 11.343/2006 a análise jurídica da conduta de portar drogas para consumo próprio**. 2008. 66f. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís, 2008.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa. **Comentários à Lei antidrogas**: Lei nº 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. **Nova Lei Antidrogas**: Principais inovações da Lei nº.

11.343/2006. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/index.php?option=com\_content&view=article&id=574:nova-leiantidrogas-> Acesso em: 20 out. 2012.

[RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. (RE-430105)](http://www.stf.jus.br/processos/processo.asp?PROCESSO=430105&CLASSE=RE&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm#Art.%2028%20da%20Lei%2011.343/2006%20e%20Despenaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 out. 2012

Senado Federal. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx. Acesso em: 22 out. 2012

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94085&classe=HC&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=. Acesso em: 22 out. 2012

1. Paper apresentado à disciplina Direito Penal Especial III [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 6° período do Curso de Direito da UNDB [↑](#footnote-ref-2)
3. Professora da disciplina de Direito Penal Especial III [↑](#footnote-ref-3)