

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL

Morgana Patricia Webers Bonfanti¹
Thiago dos Santos da Silva²

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho se pretende destacar a despenalização do crime de porte de drogas para uso pessoal, bem como a ideia de descriminalização da referida conduta. A proposta se justifica pela necessidade de que a questão da drogadição não seja tratada como política criminal, mas, ao contrário, como política de saúde pública, recepcionando o usuário como paciente em tratamento, não como condenado criminalmente, em ressocialização.

Para melhor compreensão da proposta, primeiramente será abordada a Lei 11.343/2006, com ênfase no seu Art. 28, que protagoniza a problematização do tema de porte de drogas para uso pessoal. Será abordado qual o bem jurídico tutelado por esse artigo, além das violações constitucionais da conduta por ele descrita. E na sequência será analisado o recurso extraordinário em trâmite no STF.

O objetivo principal do trabalho é demonstrar, ainda que de forma incipiente, a possibilidade de avanço da legislação criminal, no sentido de descriminalizar totalmente o porte de drogas para uso pessoal. Para atingir esse objetivo, foram traçados objetivos parciais, quais sejam, analisar a legislação atual, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores, além de explorar doutrina sobre os elementos da conduta em comento.

2. METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado no presente estudo é o hipotético-dedutivo, a partir das premissas de Karl Popper, uma vez que foram observadas diversas teorias e normas gerais para chegar à análise e compreensão de condutas no que se refere a drogas e sua legislação.

Com relação aos métodos de investigação, são utilizados; o método bibliográfico, que consiste em determinar problemáticas através de referenciais teóricos, como obras e documentos, e o método documental, tendo em vista que em partes deste estudo serão citadas legislações.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. LEI 11.343 DE AGOSTO DE 2016

Em 23 de agosto de 2006, o presidente em mandato, Luís Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei nº 11.343, a Lei Antitóxicos, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad).

No total, a lei é composta por VI Títulos, somando 10 capítulos. Sendo que, no seu último artigo consta a expressa revogação das leis Antitóxicos anteriores, conforme o exposto: "Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002".

Nesta lei, o legislador dispõe sobre vários assuntos relacionados as drogas, cujo conceito se encontra presente no parágrafo único do Artigo 1º que é disposto na própria lei:

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

¹ Acadêmica do 7º semestre do Curso de Direito da UNIJUÍ.

² Graduado e Mestre em Direito pela UNIJUÍ. Doutorando em Direito pela UCS. Professor do Curso de Direito da UNIJUÍ.

listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, Lei 11.343/06).

Dentre os assuntos abordados, encontram-se normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, bem como dispõem sobre a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e define crimes, além de outras providências.

Porém, a grande inovação dessa lei, diz respeito a mudança de tratamento que é dada ao usuário de drogas. Ocorre que, com tal inovação, surgiu uma polêmica quanto a natureza desta norma, baseada no texto do Art. 28 da lei sancionada.

Isto pois, o Código Penal trabalha com o princípio da Alteridade, que em seu conceito mais simplificado, significa que o direito penal não pode interferir, punir, ou modificar fatos que ocorrem apenas na esfera individual do agente. Além deste, o Código Penal também é tutelado pelo princípio da Lesividade que exige que o fato praticado cause lesão ao bem tutelado na norma, como também pelo princípio da Proporcionalidade, que por sua vez tem por finalidade equivaler os direitos fundamentais, individuais com os anseios da sociedade.

Ocorre que, no Art. 28, não se tem certeza se todos os princípios estão sendo respeitados, e por isso, em meio aos juristas, há controversas nas decisões.

3.2. O BEM TUTELADO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

O bem jurídico que se quis tutelar é a Saúde Pública, no entanto, no art. 28, "caput" e § 1º da Lei Antitóxicos, diz que:

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. (BRASIL, Lei 11.343/06).

Logo, estando legislada, as palavras "para consumo pessoal" (caput) e "para seu consumo pessoal" (§ 1º), não cabe, dissertar sobre bem comum, mas sim sobre o princípio da alteridade, uma vez que o consumo de Drogas afeta somente o agente, provocando a sua autolesão.

É de extrema importância, destacar também que o direito manipula e estabelece uma situação de ordem frente ao poder, frente as relações humanas. Ninguém pode ser culpado por tentar suicídio, pois diretamente afeta somente a si e não a outrem, sendo assim, não cabe ao Direito intervir em uma ação que afeta somente ao próprio indivíduo, pois a ordem jurídica serve às relações, não à individualidade.

3.3. A NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI 11.343

A natureza jurídica do art. 28 da conduta de portar drogas para consumo pessoal é altamente discutida, uma vez que o texto legal deixou de impor o preceito de cárcere, e também não cita a pena de multa.

Surge, a partir desta discussão, algumas correntes de pensamentos diversos sobre o mesmo tema. Teria sido a conduta de porte de drogas para uso pessoal descriminalizada?

Acontece que, pelo fato do Art.28 não determinar pena de Detenção ou Reclusão acaba se tornando uma contravenção Penal, uma vez que no Brasil é considerado crime, condutas típicas em que a lei comina penas dessa natureza, conforme Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

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; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (1941)

Para Luis Flávio Gomes houve a total descriminalização da conduta, em seu texto, ele afirma que:

Ora, se legalmente (no Brasil) "crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não condizem a nenhum tipo de prisão" (2006).

No entanto, ao analisar o Art. 5º da Constituição Federal, inciso XLVI, verifica-se a existência de crime, cominado com outros tipos de pena, senão a privativa de liberdade. O texto legal expressa que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL,1988).

Logo, pode-se cominar o Art. 28, inciso II, que está localizado no capítulo III, intitulado "DOS CRIMES E DAS PENAS" da lei Antitóxicos, com o Art. 5º, inciso XLVI, alínea "d" da Constituição Federal, podendo se observar assim, que a conduta de possuir drogas para consumo pessoal, continua sendo fato típico, continua sendo conduta criminalizada. É o que afirmam Ávila e Carvalho (2015):

[...] não houve de maneira alguma a descriminalização de quem possuir drogas para o seu próprio consumo, continuando as condutas previstas no art.28 da Lei 11.343/06, não obstante a não aplicação da pena privativa de liberdade, serem consideradas crimes e, como tal, penalizadas.

É exatamente nesses argumentos em que se baseia o próprio STF. Que se posicionou no sentido de somente haver a despenalização da conduta, a caracterizando como crime de menor potencial ofensivo, pois a contravenção penal, não é mais forte legalmente, que a Constituição Federal, que assegura maior liberdade ao legislador no que diz respeito as Penas aplicadas em território nacional.

Todavia, tal divergência é de extrema importância, pois o fato de ser ou não, conduta penalizada, implica em gerar ou não reincidência, fator esse determinante para se calcular uma futura pena privativa de liberdade. Em suma, para efeito legal, através do posicionamento do STF, ter uma condenação por porte de drogas para uso pessoal não gera reincidência, somente caracteriza maus antecedentes.

Portanto, pode-se afirmar que o objetivo da Lei 11.343/06 não é punir, mas sim auxiliar o dependente de drogas a superar o seu problema, ou, o seu vício.

Neste sentido tramita o recurso extraordinário no STF. Todos os votos até então, dão provimento ao recurso do autor, total ou parcial, de modo que, o usuário não vá ser penalizado.

3.4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 635.659/SP

Ainda estando longe de encerrar as discussões quanto a natureza do art.28 da Lei Antitóxicos, cabe agora ao STF, julgar Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

O fato é que, Francisco Benedito de Souza, já cumprindo penas que somavam mais de dez anos em estabelecimento prisional, foi descoberto portando em sua marmita, na cela onde cumpria a sua pena, aproximadamente 03 gramas de maconha. A sua condenação por esse ato, foi à pena restritiva de direitos, sendo que esta é baseada no Art. 28 da Lei 11.343 de 2006.

Seu defensor não se conformando com tal condenação, interpôs recurso, que está sendo julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O processo começou a ser analisado em setembro de 2015 e as principais fundamentações do defensor foram que:

O Art. 28 viola a vida privada, que consta no Art. 5º, inciso X da Constituição Federal, cujo qual compõem os direitos fundamentais, protegendo as escolhas individuais, desde que estas não atinjam a terceiros. Conforme texto legal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

O Estado não está autorizado a penetrar na vida privada do agente, uma vez afirmado na norma que o indivíduo pode fazer o que bem entender, até mesmo provocar a sua autolesão, desde que, novamente, não afete a terceiros.

Tais embasamentos, trazem à tona novamente, os princípios de Alteridade e de Lesividade, que regem o Código Penal.

Este Recurso Extraordinário já possui 10 volumes e 4 apensos. Apesar de ainda não estar concluído, vale a pena se observar os pronunciamentos dos Ministros.

O Ministro Edson Fachin, se pronunciou declarando que o Art. 28 da Lei Antitóxicos é inconstitucional, e que no âmbito penal, os tribunais devem ter um extremo cuidado para não agirem de forma desproporcional frente aos casos. Deu parcial provimento ao recurso.

O Ministro Roberto Barroso, foi mais longe e se pronunciou no sentido de descriminalizar a maconha para consumo pessoal, dando provimento ao recurso.

Já o Ministro Gilmar Mendes, que é também o relator do caso, concorda com o recurso interposto. Em seu voto, que tem uma riqueza de detalhes, e fundamentos de fácil compreensão, ele defende que o Art. 28 reconhece o usuário como vítima do tráfico e não como participante deste, destacando sua dependência química. Além disso, a criminalização para o Ministro, se confere como uma violação do princípio da Proporcionalidade. Ainda, acrescenta que afronta também o princípio da Alteridade. Nas palavras do próprio ministro:

A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.

[...]

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde.

[...]

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de forma, portanto, claramente desproporcional. (MENDES, RE nº 635.659).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes vota, dando provimento ao recurso, declarando a inconstitucionalidade do Art.28 da lei 11.343/06.

Pelo fato do recurso ainda estar em andamento, as discussões e teorias a respeito da natureza do Art. 28 da lei Antitóxicos irão continuar e podem ter a sua margem de influência na decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar tais pontos, pode-se concluir que a Lei 11.343/06 trouxe salutares modificações, mas também muita preocupação e polemica.

Quanto a natureza da conduta descrita no Art. 28 da Lei Antitóxicos, o porte de drogas para uso pessoal, continua a ser criminalizada, o que se altera é a maneira com que o usuário é tratado. A lei agora visa auxiliar o dependente e não somente aplicar uma punição. Portanto, ter sido abordado com drogas não gera reincidência, tão somente gera maus antecedentes, pois a conduta fora apenas despenalizada.

Através do voto do Ministro Gilmar Mendes e de seus colegas de Corte, pode-se visualizar que o Estado Brasileiro caminha no sentido de efetuar a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Ainda se espera a decisão do Recurso Extraordinário nº635659. Porém já é sabido que a discussão acerca do tema é inesgotável, e que deve ser posta à frente da população, uma vez que todos os brasileiros, de uma forma ou outra são atingidos pela política criminal vigente no país.

PALAVRAS CHAVE: Drogas. Porte de drogas. Consumo. Descriminalização.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érica Mendes de. **Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas?** Disponível em <http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas/>.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em 17 mai 2017.

BRASIL, **Lei de introdução ao Código Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>.

BRASIL, **Lei nº 11.343, de agosto de 2006**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº635.659/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>.

GOMES, Luis Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>>.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2013.