

O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL FRENTE À LEI Nº 11.343/06: “A CAMINHO DA DESCRIMINALIZAÇÃO”

Luiz Fernando Gomes Souza¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo estudar o tratamento dado à infração penal de posse de drogas frente à lei 11.343/06. Pondera em uma análise básica, abordagem qualitativa, objetivo exploratório, com delineamento bibliográfico e documental a mudança de concepção que o crime em apreço apresentou desde a publicação da lei 6.368/76 até a publicação da lei 11.343/06 demonstrando os principais desafios e probabilidades encontradas. Considera também a direção da legislação antidrogas sob a ótica da descriminalização. Conclui que apesar de o atual ordenamento jurídico se posicionar, a questão ainda não se encontra prontamente vencida.

Palavras-chave: droga. direito penal. descriminalização. Lei. crime.

SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Droga: Conceito e características básicas
- 2.1 A caminho da descriminalização
- 3 Considerações finais
- 4 Referências

¹ Graduado pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Pós-graduado em Direito Público. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O uso de drogas compõe um drástico problema social que afeta a todos, tanto no que diz respeito ao custo e detrimento avassalador da saúde física e mental, como pelo impacto destrutivo nas famílias e na sociedade em geral.

O aumento do consumo de drogas na sociedade fez com que a produção e o comércio ilegal evoluíssem consideravelmente. Junto com o avanço da produção e do consumo de drogas cresce, conseqüentemente, a criminalidade e a violência, que estão integradas a essas atividades.

No entanto, quanto ao uso de drogas, é imperioso ressaltar o Princípio da Lesividade ou Alteridade, tutelando que o Direito Penal só agirá nas ações humanas que lesem ou possam vir a lesar os interesses sociais ou coletivos, resguardados pelo ordenamento penal, a conduta deve extrapolar o limite pessoal e ter previsão na lei penal. O uso de drogas não é crime e nunca foi, nem na lei antiga e tão pouco na lei nova, a criminalização é feita quanto ao porte de drogas. Aplicando ao usuário o mesmo entendimento que se aplica ao suicida, reafirmando que tal conduta não será criminalizada, pois não atinge bens de terceiro.

É necessário distinguir a diferença entre o usuário e o dependente de droga. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Ser usuário de droga não significa ser toxicodependente. A distinção é de suma importância para o efeito de se descobrir qual pena alternativa será mais ajeitada em cada caso concreto.

Diante do exposto, o legislador ordinário, no tentame de resguardar a vida e a saúde pública que consoante o art. 5º da Constituição Federal nada mais é do que obrigação do Estado, instituiu a Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976 que dispunha entre outras medidas as de prevenção e repressão que no exemplo

do uso indevido de substâncias entorpecentes ou que motivassem dependência física ou psíquica era de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Entretanto, o legislador constituinte derivado utilizando de suas atribuições crendo ser o usuário de drogas uma pessoa portadora de uma patologia e não mais agente de crime modificou e em 23 de agosto de 2006 foi sancionada, nova ordem jurídica pelo Presidente da República.

A Lei nº 11.343/06, que revogou as Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção, reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crime. Consideram-se drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo.

A nova lei antidrogas, Lei nº 11.343/06 que não mais prevê a pena privativa de liberdade para o crime de porte de drogas, antevendo sim as “penas” de advertência, prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Dito isso, surge a consequente questão: Há a probabilidade do crime de porte de drogas ser descriminalizado do ordenamento jurídico penal?

A realidade do problema das drogas no Brasil está viva no contexto da sociedade e no ordenamento jurídico. Atualmente o crime de porte de drogas adota imediações diferentes de outrora. Adotando tal tendência o fato típico ora ponderado poderá sofrer descriminalização futuramente, sendo cogente considerar a

mutação do entendimento desse crime desde a publicação da Lei 6.368/76 até a edição da Lei 11.343/06.

Ressalta-se ainda a avaliação e diferenciação da infração penal em esboço sob a ótica das legislações conexas à presente análise, esquematizando as fundamentais distinções. Nessa conjuntura é importante ainda explorar os motivos pelo quais o legislador preferiu por alterar drasticamente o rumo da legislação antidrogas publicando a Lei 11.343/06.

2 DROGA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

Droga é toda e qualquer substância, natural ou sintética que, introduzida no organismo modifica suas funções (ANTI-DROGAS, 2013)

Giacomolli, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, iniciou sua apresentação no 13º Seminário Internacional de Ciências Criminais, do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) fazendo uma análise da sociedade contemporânea. Ele entende que:

[...] a desestruturação dos laços sociais e familiares diminui os vínculos de afetividade e confiança, provoca angústia, sentimento de frustração e medo. A droga chega como uma fonte de prazer e uma forma de fuga de todos esses sentimentos criados por uma sociedade calcada no consumo e no individualismo. (2007).

A Cruz Azul do Brasil é uma entidade filantrópica que proporciona orientação e auxílio potenciais a dependentes de álcool ou drogas, a seus familiares e pessoas próximas, afetadas ou ligadas, e de acordo com esta Instituição, os usuários de drogas

podem ser divididos em algumas fases bem características:

- USUÁRIO EVENTUAL ou EXPERIMENTAL - é o experimentador curioso, que usa a droga pouquíssimas vezes, levado por amigos que o induzem a essa experiência; ou movido pela desinformação e curiosidade. Normalmente não se fixam em nenhum tipo de droga.
- USUÁRIO OCASIONAL ou RECREATIVO - usa em ocasiões fixas, como festas, situações em que precisa produzir certo tipo de trabalho, reuniões para trocar ideias, encontros sexuais.
- USUÁRIO HABITUAL ou FUNCIONAL - é aquele que está a um passo da dependência. Começa a apresentar alterações no comportamento.
- USUÁRIO DEPENDENTE ou DISFUNCIONAL - possui um forte impulso psíquico que impede sua abstinência, dando-lhe um desconforto tal que, fatalmente, ele irá procurar a droga.
- USUÁRIO DE ABUSO - é aquele que passa a se prejudicar e sentir as consequências de sua dependência, como aquele que vara a noite cheirando cocaína e perde o dia de trabalho, ou o que troca uma atividade da qual gostava, para ficar se drogando. Usa de maneira compulsiva, ou seja, enquanto houver droga, não para.
- USUÁRIO CRÔNICO - em muitos casos e, dependendo da droga, já se instalou a dependência física e uma forte dependência

psíquica. A busca da droga se faz por compulsão. A falta da droga leva o dependente a ter comportamentos da “síndrome de abstinência”, tais como: suores, náuseas, vômitos, tremores, etc. Ele percebe que a droga está lhe causando vários problemas, mas não para. A tolerância já está instalada e o dependente precisa de doses cada vez maiores (2012).

Em concordância com Gomes (2007) em artigo divulgado no *site* da Rede Brasileira de Redução de Danos e Direitos Humanos – REDUC, na atualidade, em termos mundiais, são quatro as tendências político-criminais em relação às drogas:

- a) modelo norte-americano: prega a abstinência e a tolerância zero. De acordo com a visão norte-americana as drogas constituem um problema policial e particularmente militar; para resolver o assunto adota-se o encarceramento massivo dos envolvidos com drogas; “diga não às drogas” é um programa populista, de eficácia questionável, mas bastante reveladora da política norte-americana. Política exageradamente repressiva.
- b) modelo liberal radical: a famosa Revista inglesa *The Economist*, com base nos clássicos pensamentos de Stuart Mill, vem enfatizando a necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário; salienta que a questão da droga provoca distintas consequências entre ricos e pobres, realçando que só pobres vão para a cadeia.
- c) modelo da “redução de danos” (sistema

européu): em oposição à política norte-americana, na Europa adota-se uma outra estratégia, que não se coaduna com a abstinência ou mesmo com a tolerância zero. A “redução dos danos” causados aos usuários e a terceiros (entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica etc.) seria o correto enfoque para o problema. Esse mesmo modelo, de outro lado, propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle (“regulamentação”) e educacional; droga é problema de saúde pública.d) Justiça terapêutica: propugna pela disseminação do tratamento como reação adequada para o usuário ou usuário dependente. (CRUZ AZUL, 2012)

Não é adotada, no Brasil, nenhuma das posições político-criminais acima descritas. O país traz sua particularidade de combate às drogas baseada na nossa Carta Magna.

2.1 A CAMINHO DA DESCRIMINALIZAÇÃO

Tem sido grande a preocupação da sociedade diante do avassalador crescimento do consumo e do tráfico de drogas no país e essa inquietação vem acompanhada da incertezas, uma vez que o crime de tráfico de drogas está fortemente conexo a outros crimes.

Quanto ao aumento desregrado do consumo de drogas e seu subsídio para a deterioração da sociedade, Carvalho expõe que:

[...] O problema do consumo e do abuso de drogas afeta todas as classes da sociedade, se tornando problema de saúde pública. O aumento do número de dependentes físicos e psíquicos vem aumentando consideravelmente a cada ano, e faz com que países e organizações internacionais adotem medidas urgentes de caráter preventivo e repressivo, na tentativa de reduzir ao máximo o maléfico causado por esse problema. Infelizmente, no Brasil não está sendo diferente, nesse diapasão, a lei protege a saúde da coletividade como bem jurídico principal (2008, p. 17).

O combate às drogas é extraído da Constituição da República Federativa do Brasil que, em seu art. 5º garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Sendo a segurança um dos direitos fundamentais preconizados, no Brasil, as autoridades aprovaram leis para combater esse mal que degrada o bem humano e a vida social, a começar pela Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que “dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências.”

Essa lei descreve, em seu Capítulo III, os crimes e suas respectivas penas, enquanto no Capítulo IV, descreve o rito criminal. Além disso, possui vários outros dispositivos, que tratam de temas como prevenção, tratamento e recuperação, dentre outros.

O art. 16 da Lei 6.368/76 alvo do estudo em comento previa condutas destinadas ao porte para uso próprio:

adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes ou que

determinem 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 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Trata, portanto, da posse, guarda e aquisição para uso próprio. Contemplava então a posse de droga para consumo pessoal como criminosa, ou seja, o usuário de drogas era um criminoso.

Renomados doutrinadores afirmavam que por força do antigo art. 16, o vício não era punível em si mesmo, pois, seria considerada autolesão, mas sim as ações específicas de “*adquirir, guardar ou trazer consigo*” a droga de uso próprio.

Contudo, a mencionada lei, referente ao artigo 16, sofreu críticas por parte dos doutrinadores, “o simples usuário de um produto entorpecente não é um delinqüente e não pode ser tratado como um bandido. Aliás, sob este aspecto, é bom lembrar que, na maioria das vezes, adolescentes tornam-se delinquentes para saciar a ânsia da dependência que, por certo, os atormenta.” (DIEDRICH, 2013).

Tendo em conta que as leis penais devem ser compreendidas sempre em sentido estrito, conquanto houvesse um posicionamento jurídico respeitável que, sustentado em jurisprudência, considerava o simples consumo da droga como crime, a tendência que prevaleceu entre os doutrinadores era a de que o mero fato de consumir a droga não tipificava o delito. Não restava dúvida que a citada lei necessitava de revisão em pontos importantes visando sua atualização e inovação urgente, visto ser o único ordenamento a tratar do tema.

Após longos onze anos de tramitação na Câmara e no Senado Federal, entra em vigência a Lei nº 10.409, de 27 de fevereiro de 2002 que “dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscaliza-

ção, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde”.

O assunto sobre tóxicos passou então a ser tratado pela Lei nº 6.368/76, com as reduzidas alterações trazidas pela nova Lei nº 10.409/02, se transformara em um verdadeiro centauro do Direito: a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, a de 2002. E como assevera MOREIRA (2004, p. 443): “[...] a lei era extremamente confusa, tanto que permitia diferentes interpretações, além de conter erros de técnicas legislativas”.

A circunstância jurídica do usuário se tornou incoerente, pois mesmo punindo-o penalmente, o Estado não obtinha a intenção precípua perquirida pela norma. Na busca de regular tal realidade que se mostrava inócua o Estado, após algumas tentativas, elaborou vinte anos após a primeira lei a 11.343/06 que buscou tratar o usuário sob outra ótica.

Em 23 de agosto de 2006 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 11.343/06 e, ainda de acordo com Mendonça:

A Nova Lei de Drogas criou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), em seu artigo 3º, a Nova Lei esclarece que esse sistema tem dupla finalidade: de uma parte, a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes; de outra, a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. (2008, p. 29)

Ao entrar em vigor em 08 de outubro de 2006, a nova Lei revogou as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02 e continuou proibindo a posse de drogas para o consumo, mas deu novo formato às questões relacionadas ao usuário de drogas:

- criação de duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito;
- substituição da expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas;
- não existe mais a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário;
- passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa;
- tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (CAPEZ, 2010, p. 750)

Conforme analisado, o artigo 16 da Lei nº 6.368/76, restringe a posse de entorpecentes para o uso próprio, com pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. A nova lei, em seu artigo 28, também penitencia o usuário, mas não mais com pena privativa de liberdade, e sim, com medidas alternativas ou penas alternativas, de *“advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”*, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, por força de transação penal ou, na impossibilidade desta, pelo juiz, mediante o devido processo legal. Trata-se, pois, de uma lei mais benéfica.

O legislador cometeu um deslize ao prever a pena de advertência ao usuário de drogas; sendo estranha a realização de um ato judicial no qual o juiz deva explicar os efeitos maléficos das drogas a um infrator e aconselhando-o a não voltar a fazer uso da droga. E ainda considera que muito provavelmente a simples ad-

vertência não terá efeitos terapêuticos e nem de intimidação, é o que afirma o professor Guimarães (2010), entendendo que doutrinar as pessoas sobre o que fazer no âmbito de sua vida particular não é tarefa do Estado.

Pacheco (2010), afirma que é impossível reconhecer advertência como sendo uma pena, tendo em vista não constar do sistema legal brasileiro que a advertência possa ser considerada pena restritiva de direito. O autor também identifica irracionalidade e ingenuidade na medida de advertência para usuários, considerando ser além de inútil coloca o magistrado numa circunstância ridícula e constrangedora.

A advertência não guarda relação com nenhuma pena do inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal: “a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”, onde o máximo da pena de natureza penal prevista é a privação ou restrição da liberdade, enquanto o mínimo é a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. A pena de advertência não se encontra acima elencada.

Pacheco (2010) explana que a prestação de serviço à comunidade é a única sanção que poderia ser considerada uma pena. No entanto, segundo consta no art. 44 que se insere no título das penas restritivas de direito, trata tal crime como pena alternativa a pena privativa de liberdade e que aplica-la diretamente é despenalizar a conduta do tipo penal incriminador, uma vez que, seria impossível impor pena privativa de liberdade em caso de não cumprimento.

Quanto à medida educativa de comparecimento a programa ou curso, trata-se de sanção penal nova, guarda harmonia com os parâmetros fornecidos pela Constituição e pode ser considerada como subespécie da prestação social alternativa, devendo

o programa ou curso ser previamente habilitado para que a nova medida possa ser aplicada pelo juiz. (SILVA, 2006).

Segundo Guimarães, o legislador causou uma ambiguidade ao tratar as condutas referentes a uso de drogas no capítulo referido aos crimes, uma vez que as penas impostas, em vez de sujeitarem o autor a sanções penais, levam-no a medidas de caráter meramente educativo. Segundo o autor:

[...] é difícil imaginar o que de fato quis este nosso legislador escorregadio e impreciso, que evitou enfrentar a questão a fundo relacionada ao uso e à dependência, mas sempre propenso a políticas de caráter meramente simbólico. (2010, p. 28).

Pacheco considera que as sanções previstas no artigo 28 da Lei Antidrogas são impotentes, uma vez que não poderá ser exigido o cumprimento daquele que cometeu o delito, além do que tais sanções desrespeitam a finalidade atribuída às penas pelo nosso Código Penal, ou seja, elas não previnem, não retribuem e não educam os usuários de drogas:

[...] tais medidas não traduzem sanção própria do Direito Penal, não possuem natureza jurídico-penal, porque não condizem com as finalidades da pena, nem de prevenção geral e especial, nem de retribuição e, muito menos ainda, de sua função social realmente educativa, porque, em razão de não possuir força coercitiva, poderá ter a execução frustrada se o agente não concordar em cumpri-la. (2010, p.51).

Vale ressaltar que as sanções de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo são impostas de maneira obrigatória, devendo as

mesmas ser cumpridas em sua integralidade, pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, e em caso de reincidência serão aplicadas pelo máximo de 10 (dez) meses. Em caso de não cumprimento das penas impostas, o juiz poderá submeter o agente, sucessivamente, a admoestação verbal e multa. Seguindo uma linha diferente à da Lei nº 6.368/76, mesmo quando ainda em vigor juntamente com a Lei nº 10.409/02, onde contemplava-se a posse de droga para consumo próprio como criminosa, e o usuário, por consequência, era um criminoso, o objeto jurídico desse crime previsto na Lei nº 11.343/06, é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Pune-se então a conduta do usuário, pelo fato de ser um perigo social, já que quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo e, mesmo que para consumo pessoal, pode oferecê-la a outras pessoas, conforme afirma Nucci, (2007, p. 761):

Como já exposto anteriormente, ao usuário de drogas não se comina pena de prisão, pretende-se que este nem sequer passe pela polícia. No *caput* do artigo 28, a Lei estabelece três penas alternativas: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviço à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo.

Com a nova lei o infrator será encaminhado diretamente aos juizados especiais criminais, salvo onde inexistem tais juizados de plantão (art. 48, § 2.º). Não cabe aqui inquérito policial, mas sim termo circunstanciado. Não será admitida a prisão em flagrante (art. 48, § 2.º). A atribuição para aplicação de todas as medidas alternativas é dos juizados criminais, salvo quando existirem varas especializadas em drogas. Na audiência preliminar é

possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do art. 28. Não aceita (pelo agente) a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Mas no final de modo algum será imposta pena de prisão, ou seja, a pena privativa de liberdade, somente as medidas alternativas do art. 28.

Surgem correntes diversas, entre os que defendem a descriminalização e consequente controle por parte da saúde pública, dentre outras instâncias do estado, permanecendo a fiscalização a cargo da polícia, bem como os que, como Gomes (2006, p. 109), defendem a tese de que a Lei 11.343/06 teria promovido verdadeira *abolitio criminis*, ou seja, promovido a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio. Em seu entender: “não se poderia classificar o dispositivo nem como crime, pois não prevê pena de reclusão ou detenção, nem como contravenção, já que também não prevê multa isolada ou prisão simples”. No entanto, o artigo 28 da nova lei, apesar de manter a ilicitude da conduta, de acordo com Gomes, a posse de drogas para consumo próprio não seria mais um crime ou contravenção.

Outrossim, há doutrinadores que afirmam ter havido uma descriminalização da conduta de porte de drogas, outros pregam que o que houve foi apenas uma diminuição da carga punitiva.

Segundo entendimento de Arruda (2007, p. 32), a infração do artigo 28, recebeu apenas uma modificação na espécie de sanção, não havendo algum elemento que demonstre que tenha se transformado numa contravenção penal. Para o autor, a conduta descrita é infração penal de menor potencial ofensivo, sujeita à norma geral da Lei 9.099/95 e classificada como crime pelo legislador reformador.

Para Capez (2010), não houve a descriminalização da conduta, para ele o fato continua a ter natureza de crime, pois a própria lei o inseriu no Capítulo III, que trata dos “crimes e penas”, outro fator é o de que as sanções só podem ser aplicadas por um juiz

criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal. E ainda segundo este autor, a Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.

Com o abrandamento trazido pela nova lei, o certo é que a Polícia Judiciária, têm se dedicado mais em situações de maior gravidade e complexidade, ou seja, em situações que apresentam indícios de tráfico, deixando, o mero usuário de drogas, por vezes, sem a devida punição em sua conduta.

O jurista Luiz Flávio Gomes foi um dos pioneiros a escrever sobre o assunto:

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. Dito isso, não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime porque as sanções para essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão. Diante do exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração “*sui generis*” (2007, p. 107).

Certo é que o Supremo Tribunal Federal, não acolheu a tese da descriminalização no Recurso Extraordinário nº. 430105 QO/RJ, divulgado no informativo nº.456, em que o Ministro Sepúlveda Pertence resolve a questão no sentido de que o artigo 28 da Lei 11343/06 não implicou descriminalização do delito de posse de drogas para consumo pessoal previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76. O Ministro considerou que a

conduta continua sendo crime tendo ocorrido tão-somente a despenalização, cuja característica seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal (STF, 2012).

Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal “*sui generes*”, pois esta posição acarretaria sérias consequências, 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.

No entanto, Oliveira (2008, p. 23) ensina que através da resolução 46 de 22 de abril 1999 o Conselho de Ministros de Portugal decidiu por uma política pública em que o consumidor de droga deixou de ser objeto de intervenção penal e passou para a administrativa.

Diante de todo o estudo apresentado e as orientações de diversos estudiosos do assunto tal celeuma está longe de ser resolvida apesar de estar se encaminhando para um problema de saúde pública de importância administrativa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso de drogas é algo que advém desde os primórdios da humanidade, não obstante seu efetivo debate na sociedade só tenha acontecido no fim do Século XIX, sendo que apenas em 1912, houve um início ao controle internacional de drogas, Primeira Convenção Internacional do Ópio.

Desde então, várias foram às medidas tomadas no emanar da história para combater esse mal, como o modelo proibicionista e repressivo norte-americano, que acabou por influenciar a política criminal anti-drogas ao redor do mundo.

Infelizmente, tal medida continua sendo infrutífera no que tange à solução do problema, razão pela qual, novas respostas foram buscadas, tais como: medidas alternativas, justiça terapêutica, modelo de redução de danos, conscientização por meio de veículos de comunicação, dentre as quais se destaca a total descriminalização do usuário.

O advento da Lei nº 11.343/06, que veio substituir as confusas leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002, ocasionou a controvérsia sobre a natureza jurídica do seu art. 28, que antevê tão somente penas alternativas para o usuário que tem a posse de drogas para consumo pessoal. O tema debatido é a existência da possibilidade do dispositivo ser descriminalizado do mundo jurídico.

Com os estudos feitos pode-se afiançar que, a sanção de advertência pode não ser considerada de natureza penal, já no que diz respeito às outras penas, desde que respeitadas as premissas fundamentais, estas podem admitir outras feições, como a prestação de serviço à comunidade, ou seja, não se sintetiza apenas à reclusão, detenção, prisão simples e multa.

Há duas correntes que travam uma discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28. Uma, liderada por Luiz Flávio Gomes, entende que houve descriminalização da conduta de usuário, enquanto que a outra, adotada por outros autores, como: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Guilherme Souza Nucci, dentre outros, defendem que houve despenalização.

Por outro lado, foi possível constatar que conceituados doutrinadores têm se posicionado pelo reconhecimento de que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 prevê mesmo um crime e pena, inobstante, tal lei não atendeu à outra parte de doutrinadores que defendiam ou ainda defendem a descriminalização da conduta do porte de drogas para uso pessoal, mas a verdade é que, mesmo afastada a hipótese da ocorrência de *abolitio criminis*, a nova lei também

não manteve a solução da lei anterior, que cominava pena privativa de liberdade para esse tipo de infrator.

Entretanto, em diversos países como Portugal e Argentina, por exemplo, conforme ensinamento de Oliveira, o seu Conselho de Ministros decidiu por uma política pública em que o consumidor de droga deixou de ser objeto de intervenção penal, mas administrativa, obtendo assim resultados positivos.

A opção por essa política mostrou-se corajosa, acima de tudo, pois contrariou a interpretação literal dos tratados internacionais de drogas, impondo modelo de controle não penais sobre o usuário. Considerando a perspectiva da descriminalização pragmática, humana e respeitadora das liberdades individuais, baseada em fortes argumentos.

Certo é que a nova lei antidrogas trouxe mais incerteza quanto ao futuro do usuário de drogas. Apesar de o STF se posicionar apenas pela “despenalização”, já existem países como é caso de alguns países da Europa Ocidental que transferiram a responsabilidade para autoridades administrativas, fato que não encerra as ponderações do tema e, sobretudo, sobre a possibilidade de descriminalização do crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Em suma, a adoção da política preventiva em relação ao usuário de drogas, em detrimento da política repressiva prevista na antiga lei, consistiu em uma importante evolução legislativa, haja vista que os moldes anteriormente adotados não resolviam o problema que se dispôs a enfrentar, qual seja, pôr fim no consumo de drogas e, conseqüentemente, ao tráfico de entorpecentes. Pelo contrário, trouxe uma série de problemas à sociedade.

Muitos doutrinadores entendem que o melhor seria descriminalizar a conduta, eis que não há perigo concreto de lesão ao bem jurídico, inexistindo resultado jurídico relevante, ou seja, o

usuário deve ser tratado como vítima de todo este processo, devendo receber ajuda ao invés de punição.

Até mesmo o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso defende a ideia de que não se trata de questão de saúde pública, e sim do próprio campo da intimidade do usuário, sendo incabível, portanto, qualquer tipo de medida repressiva do Estado, sob pena de se ferir o Princípio da Alteridade.

A questão é de fato polêmica, carecendo de imediata análise para sua solução. O Estado não pode mais continuar intervindo sobre as condutas inerentes à vida privada do cidadão, haja vista que estas não afetam concretamente direito de terceiros, sendo o sujeito livre para fazer suas próprias vontades e respeitando assim o princípio da alteridade.

Por outro lado, a pena privativa de liberdade não é a saída mais positiva para os usuários de drogas. Seria um desacerto enfrentar o consumo de dependentes com o encarceramento, pois demandam de tratamento médico.

É certo que os problemas que as drogas ocasionam estão longe de serem sanados. A lei antidrogas investiu na política de prevenção, o que até então está sendo uma tentativa válida e proveitosa, porém, somente, por meio de um trabalho de prevenção ligado à educação e à segurança que o Brasil poderá ter seus problemas, relacionados às drogas, resolvidos definitivamente.

ABSTRACT: This article intends to study the treatment given to the criminal charge of drug possession according to the law 11.343/06. It considers a basic analysis, qualitative approach, exploratory objective, with bibliographical and documented lineation that the conception's change that the crime in question presented since the publication of the law 6.368/76 until the publication of the law 11.343/06 demonstrating the key challenges and probabilities

found. It also considers the direction of against drug legislation by decriminalization perspective. It concludes that despite the current legal position itself, the question is not yet readily vanquished.

Keywords: drug. criminal law. decriminalization. law. crime.

4 REFERÊNCIAS

ANTIDROGAS. **Drogas**. São Paulo, 17 de mar. de 2000. Disponível em: <http://www.antidrogas.com.br/oquedrogas.php>. Acesso em: 17 de mar. de 2013.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais** (Lei 11343/06). São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de out. de 1988**. Organizador Juarez de Oliveira. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. **LEI Nº. 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em: 02 out. 2012.

BRASIL. **LEI Nº. 10.409, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/.../L10409.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. **LEI Nº. 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil.../lei/11343.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107). Recurso extraordinário julgado prejudicado.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+430105%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+430105%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 out. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** legislação penal especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4

CARVALHO, Paulo Roberto; MENDONÇA, Andrey Borges. **Lei de drogas comentada.** 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

CRUZ AZUL NO BRASIL. **Tipos de Usuários.** Disponível em: <[www.cruzazul.org.br/tipos de usuários](http://www.cruzazul.org.br/tipos%20de%20usu%C3%A1rios)>. Acesso em: 10 out. 2012.

DIEDRICH, Luis Fernando. Um Estudo Sobre o Art. 16 da Lei de Toxicos. **Jus Navegandi.** Disponível em: <www.jus.uol.com.br/revista/texto/1020/um-estudo-sobre-o-art-16-da-lei-de-toxicos>. Acesso em: 17 mar. 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. In: MATSUURA, LÍlian. Estratégia de Guerra – Desembargador diz que país erra no combate ao tráfico. **Revista Consultor Jurídico**, 09 de out. de 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

GOMES, Luiz Flávio, et al. (Coord). **Nova Lei de Drogas Comentada.** São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, nº. 1236, 19 nov. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Tóxicos**: Usuário Livre. Disponível em: <www.reduc.org.br>. Acesso em: 01 out. 2012.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada**: Crimes e Regime Processual Penal. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei de Tóxicos: aspectos processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 825, nº.93, p.443, jul. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

OLIVEIRA, Adriano. **Tráfico de Drogas e Crime Organizado**: Peças e Mecanismos. Curitiba: Juruá, 2008.

PACHECO, Gilberto Thums Vilmar. **Nova Lei de Drogas**: Crime, Investigação e Processo. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, nº. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8949/art-28-da-lei-no-11-343-06>>. Acesso em: 10 out. 2012.