

A DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DO DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL

Gabriel Migailides Menezes de Marins¹

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Lorena, do 10º semestre. E-mail: gabrielmmmarins@gmail.com

RESUMO

O ponto de partida deste artigo é estudar o art. 28 da lei de drogas. A análise pauta-se no impacto que as drogas causam na sociedade e as penalidades aplicáveis a aqueles que fazem uso das drogas. Desde a publicação da Lei n.º 11.343/06, uma das questões que mais gerou polêmica na doutrina, chegando a ser discutida nos tribunais, foi a nova modalidade de apenamento da conduta do usuário de drogas, que ao longo do tempo teve em sua tipificação a sanção abrandada, neste caso aboliu a pena privativa de liberdade, instaurando assim, um interessante debate doutrinário acerca da despenalização ou descriminalização da conduta. Desta feita, serão apresentados os argumentos de cada corrente doutrinária e a posição do STJ e do STF a respeito da tão polêmica questão, por intermédio do Recurso Extraordinário n.º 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Além disso, necessário serem feitas reflexões sobre este problema que aflige a todos, uma vez que hoje a disseminação de drogas contribui para o aumento da criminalidade e violência, pelo círculo que se forma entre o mero usuário e o grande traficante de entorpecente.

Palavras-chave: Despenalização, descriminalização, lei antidrogas, portes para consumo próprio.

¹Trabalho orientado pela Professora Thalita Silveira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
-----------------	---

CAPÍTULO 1

ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06

1.1 DEFINIÇÃO DE DROGAS.....	4
1.2 A LEGISLAÇÃO N.º 11.343/2006.....	4
1.3 ESTRUTURA DA LEI DE DROGAS.....	6
1.4 DOS CRIMES E DAS PENAS.....	7

CAPÍTULO 2

OS INSTITUTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA DESPENALIZAÇÃO FRENTE AO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06

2.1 INSTITUTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO	11
2.2 INSTITUTO DA DESPENALIZAÇÃO.....	16
2.3 ENTENDIMENTO DO STJ.....	19
2.4 ENTENDIMENTO DO STF.....	21

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
---------------------------	----

REFERÊNCIAS.....	25
------------------	----

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende a realização de um estudo acerca da Lei nº 11.343/2006, sobretudo no que refere-se à despenalização ou descriminalização do Art. 28, que trata do delito de porte de drogas para consumo pessoal.

Certo é que, a finalidade da legislação em questão, é, principalmente, a promoção de certa vedação ao uso de substâncias ilícitas que ocasionam quadros de dependência física e psíquica.

Nesse contexto, torna-se imprescindível a realização de estudo a respeito dos institutos da despenalização e da descriminalização, uma vez que este extingue a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante; enquanto aquele – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito etc.). Portanto, se, por um lado, com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção), com a despenalização, por outro lado, a conduta permanece criminosa.

Deste modo, tendo em vista os aspectos apresentados, certo é que o tema escolhido proporciona várias interpretações e posicionamentos acerca do Art. 28, inserido na nova lei de drogas.

Sendo assim, pretende-se uma análise acerca do delito de porte de drogas para uso pessoal, que pune quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

CAPÍTULO 1 - ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06

Inicialmente, antes de aprofundarmos no tema da despenalização ou descriminalização do delito de porte de drogas, necessário conceituar o que vem a ser droga. Além disso, apresentaremos nesse primeiro momento, a atual classificação das drogas feita pelo Ministério da Saúde, da qual depende a Lei nº 11.343/06 para ser regulamentada.

1.1 Definição de drogas

O conceito legal de droga está previsto no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 11.343/06, a saber:

“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. ”

Percebe-se, que o legislador, ao conceituá-la, apresentou uma definição muito genérica, ampla, fato esse que faz com a legislação em comento seja considerada uma norma penal em branco, ou seja, uma norma que depende de uma regulamentação supletiva para que se possa ter sentido, uma vez que seu conteúdo é incompleto. Trata-se, assim, de uma norma penal em branco heterogênea, porque o seu complemento, está previsto em ato normativo do Poder Executivo Federal, que é a portaria nº. 344, de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde.

“O conceito drogas, compreendido pela Lei n.º 11.343/06 necessita ser acrescentada uma norma ou portaria, pois a mesma se trata de uma norma penal em branco. Desta forma, somente após ser consultada a portaria da ANVISA que estabelece quais drogas devem ser aplicadas as sanções da lei antidrogas. A mesma portaria também estabelece que essas drogas devam causar ao indivíduo dependência física e psíquica, não bastando só à tipificação na Lei de Drogas para que se defina o termo drogas para que se defina se esta é substância proibida ou não. ” (LIMA, 2019, p. 1140).

Tal portaria, ainda elenca quais substâncias são consideradas drogas e, destas, quais são consideradas ilícitas. O artigo 66 da Lei nº 11.343/06, assim referenda:

“Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. ”

O conceito de drogas que interessa ao presente artigo é aquele relacionado ao ilícito, ou seja, aquelas substâncias que são consideradas proibidas pela Portaria nº 344/98, que a seu turno, é o que leva a presente análise acerca da descriminalização ou despenalização do uso de droga para consumo próprio. Sendo assim, passemos a analisar a legislação n.º 11.343/06

1.2 A legislação n.º 11.343/06

A “Nova Lei de Drogas”, conhecida como a Lei nº 11.343/06, surgiu como sendo um marco no combate ao tráfico de drogas e em seu artigo 75, revogou expressamente as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02, que, até então, cuidavam do assunto de drogas aqui no Brasil.

“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.”

Conforme ensinamento de Lima (2019, p. 1350),

“Os crimes relativos a entorpecentes estavam previstos, originariamente, na Lei nº 6.368/76. Surgiu, então, no ano de 2002, a Lei nº 10.409, com o propósito de substituir integralmente a legislação anterior. Ocorre que os tipos penais constantes da Lei nº 10.409/02 acabaram sendo vetados pelo Presidente da República, daí, porque o procedimento constante desta Lei teve que ser aplicado em conjunto com os crimes previstos na Lei nº 6.368/76. Em bora hora, a balbúrdia gerada pela existência de duas Leis sobre drogas no ordenamento pátrio chega ao fim, já que o art. 75 da Lei nº 11.343/06 revoga expressamente a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 10.409/02.”

Além disso, as proibições, ou seja, todas aquelas atividades tipificadas como criminosas que estavam previstas na lei anterior, foram recepcionadas no novo texto legal, com uma nova e atualizada descrição típica.

A grande mudança trazida pela norma, além da implantação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), o qual objetiva precipuamente a organização das atividades de prevenção e reinserção social dos usuários de drogas e a repressão da produção e do tráfico das substâncias, foi a de que, agora, para o usuário da droga não mais se comina pena de prisão, de modo que o criminoso será, imediatamente, levado aos Juizados Criminais, como dispõe o seu art. 48, § 1º:

“Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.”

Segundo ensinamento de Lima (2019, p. 1145),

“Sem dúvida alguma, umas das principais novidades introduzidas pela Lei nº 11.343/06 diz respeito à mudança da política criminal em relação ao usuário de drogas. Se, à época da vigência ao art. 16 da Lei nº 6.368/76, o usuário de drogas estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, com o advento da Lei nº 11.343/06, o preceito secundário do art. 28 passou a cominar as seguintes penas: advertência sobre

os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. ”

Leciona L. F. Gomes (2006) que a lei permaneceu com a noção de que a distinção entre usuário e traficante somente pode ser aferida de acordo com a hipótese concreta, levando-se em consideração a natureza da droga, a sua quantidade, o modo de vida do agente e demais características. Para o doutrinador, a lei segue a linha “punitivista internacional”, com a pena mínima aumentada de três para cinco anos, a proibição de fiança, liberdade provisória, dentre outras medidas em caso do agente ser traficante.

Levando-se em conta essa contemporaneidade, criou a discussão acerca da despenalização ou descriminalização do uso de drogas para consumo próprio, a qual explanaremos no decorrer do presente artigo.

1.3 Estrutura da lei de drogas

A Lei Federal nº 11.343/06, publicada em 23 de agosto de 2006, composta por 75 artigos, teve a sua organização textual dividida em seis títulos:

“Título I- Disposições preliminares;

Título II- Do sistema nacional de política pública sobre drogas;

Título III- Das atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

Título IV- Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas;

Título V- Da cooperação internacional;

Título VI- Das disposições finais e transitórias. ”

Além disso, em 5 de junho de 2019, o Senado alterou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), que coordena medidas relacionadas à prevenção do uso de psicoativos, à atenção à saúde de usuários e à repressão ao tráfico, por meio da Lei nº 13.840/19.

O texto reforça o papel das comunidades terapêuticas no tratamento de dependentes e facilita a internação involuntária, conforme acrescentado pelo art. 23-A da nova lei.

“Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento

ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam:

I - articular a atenção com ações preventivas que atinjam toda a população;

II - orientar-se por protocolos técnicos predefinidos, baseados em evidências científicas, oferecendo atendimento individualizado ao usuário ou dependente de drogas com abordagem preventiva e, sempre que indicado, ambulatorial;

III - preparar para a reinserção social e econômica, respeitando as habilidades e projetos individuais por meio de programas que articulem educação, capacitação para o trabalho, esporte, cultura e acompanhamento individualizado; e

IV - acompanhar os resultados pelo SUS, Suas e Sisnad, de forma articulada. ”

Além disso, está normatizado o acolhimento do usuário ou dependente em comunidade terapêutica acolhedora, previsto no art. 26-A e completamente distinto da internação, inclusive voluntária. O acolhimento é infinitamente mais brando do que a internação.

“Art. 26-A. O acolhimento do usuário ou dependente de drogas na comunidade terapêutica acolhedora caracteriza-se por:

I - oferta de projetos terapêuticos ao usuário ou dependente de drogas que visam à abstinência;

II - adesão e permanência voluntária, formalizadas por escrito, entendida como uma etapa transitória para a reinserção social e econômica do usuário ou dependente de drogas;

III - ambiente residencial, propício à formação de vínculos, com a convivência entre os pares, atividades práticas de valor educativo e a promoção do desenvolvimento pessoal, vocacionada para acolhimento ao usuário ou dependente de drogas em vulnerabilidade social;

IV - avaliação médica prévia;

V - elaboração de plano individual de atendimento na forma do art. 23-B desta Lei; e

VI - vedação de isolamento físico do usuário ou dependente de drogas. ”

Por fim, a Lei altera os arts. 60 e seguintes da Lei de Drogas, que tratam da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado, tornando mais rígida a matéria.

1.4 Dos crimes e das penas

Com o advento da nova Lei nº 11.343/06, o artigo 28 inovou em sua redação, tipificando o delito “porte de droga” para “consumo pessoal”. Além disso, originaram diversos questionamentos doutrinários em relação ao seu conteúdo e finalidade.

O caput do artigo 28 da Lei de Drogas, bem como seu §1º passaram a vigorar com a seguinte redação:

“ 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 ao 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. ”

Segundo Lima (2019, p. 1164 a 1166), em relação a advertência sobre os efeitos das drogas:

“Não obstante o silêncio do legislador, esta pena deve ser compreendida como uma espécie de esclarecimento a ser feito pelo magistrado ao agente quanto às consequências maléficas que o uso de drogas pode causar, não apenas a sua própria saúde, como também à saúde pública. Esta advertência deve ser feita pelo próprio magistrado, e não através da simples assinatura de um papel em cartório em um "termo de advertência". Para tanto, incumbe ao juiz determinar a notificação do acusado para comparecer a uma audiência admonitória. A advertência deve ser feita de maneira enfática e direta, mas jamais de modo a humilhar o agente. É perfeitamente possível o uso de recursos como imagens e números com o objetivo de persuadir o agente acerca dos diversos males causados pelo consumo de drogas, assim como advertência de que, no caso de reincidência, as sanções de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos poderão ser aplicadas pelo dobro do prazo normal. De mais a mais, consoante disposto no Enunciado nº 83 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas" (XX Encontro - São Paulo/SP). ”

Já, no tocante a prestação serviços à comunidade:

“A Lei de Drogas também prevê a possibilidade de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade. Esta pena 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 (Lei nº 11.343, art. 28, §§ 3º e 5º). Como se percebe, a prioridade recai sobre entidades que se ocupem preferencialmente da prevenção do consumo de drogas. Na hipótese de não haver semelhante entidade na comarca, é perfeitamente possível que a medida seja cumprida em qualquer outra, mesmo que não cuide da recuperação usuários e dependentes de drogas. ”

E, por fim, sobre a medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo:

“A última pena a que se refere o art. 28 da Lei de Drogas é a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Cuida-se de espécie de pena restritiva de direitos por força da qual o acusado tem a obrigação de comparecer a determinados programas onde receberá orientação de profissionais de diversas áreas do conhecimento humano.

A despeito do silêncio da Lei de Drogas, parece-nos que o programa não precisa ter como tema exclusivo os malefícios causados pelo uso de drogas, sob pena de se confundir com a própria pena de advertência sobre os efeitos das drogas. É perfeitamente possível que esses programas estejam relacionados a cursos de especialização profissional, cuja frequência pode contribuir para uma possível reinserção social do usuário de drogas, já que o exercício de uma atividade laborativa é importante instrumento de combate à vulnerabilidade decorrente do uso indiscriminado de drogas.”

Por conseguinte, percebe-se que o consumidor de drogas teve um tratamento absolutamente privilegiado pela nova lei, principalmente se a observarmos sob o enfoque das penas cominadas. De fato, ao não mais prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, confrontando-se o atual artigo 28 com o antigo artigo 16, da Lei n. 6.368/76, não há dúvidas de que o tratamento agora dispensado é muito mais brando.

Conforme ensinamento de Lima (2019, p. 1145),

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

Preleciona Capez (2017, p. 665) que a Lei nº 11.343/06 trouxe inúmeras modificações relacionadas à figura do usuário de drogas. Vejamos:

- “- Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito.
- Substituiu a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” por “droga”.
- Aboliu 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.”

Por sinal, vide o teor da justificativa final do Senado ao Projeto de Lei nº 115, convertido na Lei nº 11.343/06, veiculado pelo parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do Senado:

“O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer”.

Além disso, são cinco as condutas típicas previstas no caput do artigo 28, as quais o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 1153 e 1154) descreve brilhantemente:

a) adquirir: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado;

b) guardar: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;

c) trazer consigo: transportar junto ao corpo [v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.] ou em seu interior. Trata-se de crime permanente;

d) ter em depósito: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público, pouco importando o local de armazenamento da droga. Cuida-se de crime permanente;

e) transportar: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade "trazer consigo". Portanto, se um indivíduo levar a droga para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo "transportar", ao passo que, na hipótese de apreensão da droga junto ao próprio corpo, o correto enquadramento típico deve ser feito no "trazer consigo". Trata-se de crime permanente. ”

Desta forma, para classificar se é crime de porte ou tráfico é usado o sistema de quantificação de drogas para essa definição. Ao se iniciar a persecução penal, cabe à autoridade de polícia e ao Ministério Público apreciar o delito praticado pelo agente, diferenciando o porte do tráfico de drogas. Como também, essa apreciação está disposta no artigo 52 em seu inciso I da Lei de Drogas que:

“Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ”

Conforme Lima (2019), para avaliar se o agente se enquadra no artigo 28 da Lei Antidrogas, há dois sistemas legais para qualificar se a conduta é tráfico ou porte para consumo pessoal, que são os sistemas da quantificação legal, que fixa um quantum diário para consumo pessoal, não ultrapassando quantidade diária, não há tráfico de drogas, só está tipificado o porte de drogas para consumo pessoal. E o sistema da quantificação judicial, delega ao magistrado analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e tomando a decisão entre o porte de drogas ou tráfico.

Assim, de acordo com Lima (2019) o legislador brasileiro adota para distinguir o usuário do traficante o sistema de quantificação judicial, sendo atribuído à autoridade judiciária definir sobre o entorpecente encontrado com o agente, assim determina o § 2º, artigo 28 da Lei n.º 11.343/06:

“§ 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. ”

Por fim, a aplicação das penas previstas nos incisos I, II e III do art. 28 da Lei 11.343/06, alcança os processos em curso, bem como os findos, com trânsito em julgado, em homenagem ao princípio da retroatividade de lei mais benéfica. (Súmula 611 STF).

CAPÍTULO 2 – OS INSTITUTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA DESPENALIZAÇÃO FRENTE AO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06

2.1 Instituto da descriminalização

O capítulo III da Lei nº 11.343/06 trata dos crimes e das penas referente aos usuários e dependentes de drogas. Estas estão especificas no artigo 28 do mesmo dispositivo legal:

“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 à programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

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

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

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

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

A conduta descrita no artigo 28 da nova lei de drogas é correspondente à apresentada pelo artigo 16 da Lei 6.388/76, que tinha a seguinte redação:

“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. ”

O comportamento acima descrito era, sem discussão alguma, considerado crime, haja vista, tinha como sanção a pena de detenção.

Diferentemente, o artigo 28 da nova lei de drogas substituiu a pena privativa de liberdade pela advertência sobre efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo.

Preliminarmente, tal substituição dever ser analisada sob o aspecto de que se houve ou não a descriminalização da conduta de trazer consigo ou adquirir para uso próprio.

São vários os posicionamentos doutrinários a respeito do tema:

O posicionamento que defende a descriminalização penal é liderado por Luiz Flávio Gomes, que inicia sua argumentação baseando-se no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, onde tem uma definição de crime usando como critério o tipo de pena atribuída ao fato: ‘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 que a lei comina, isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente’ (Dec.-lei 3.914/41, art. 1º).

Com base nesta definição entende o jurista:

“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 (com a nova Lei) deixou de ser ‘crime’ porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás justamente por isso, tampouco esta conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: na nova Lei de drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração “penal” no nosso país. (...) A posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. ” (GOMES, 2006, p. 109).

Em verdade, o autor considera que se está diante de uma terceira modalidade de sanção: infração penal *sui generis* (que não pode se confundir com crime ou contravenção).

Visando reforçar tal entendimento, em seu artigo, escrito junto com o professor Rogério Sanches Cunha, eles apresentam mais argumentos sobre a corrente que defendem:

“[...] Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas

devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 (“Dos crimes e das penas”) não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos “crimes de responsabilidade”, que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002, o legislador falava em “mandato” expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995), cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de “criminoso”, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnaturaliza a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*. ”

Além disso, Adriane Medianeira Toaldo e Carina Deonlinda da Silva Lopes definem:

“Descriminalizar significa tirar da conduta o caráter criminoso, mas mesmo assim este ainda irá possuir sanções a serem aplicadas no âmbito penal, trata-se da descriminalização formal, ou seja, a que tira o caráter criminoso, mas ainda permanece no âmbito do Direito Penal, em outras palavras, o fato deixa de ser considerado crime, mas continua com o seu caráter ilícito, tratando-se um da infração *sui generis*. ”

Na mesma linha, Raul Cervini menciona que “ a descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.

Tendo ainda como base a corrente acima explanada, pode-se salientar que as penas cominadas para a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal, são exclusivamente, alternativas, pertencendo a uma categoria *sui generis*, não podendo se falar na existência de crime ou contravenção penal.

Observa-se também, que a nova sanção dada à conduta possui drogas para consumo próprio assemelha-se muito às medidas sócio-educativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tais medidas não valem para a esfera penal, passando-se a entender o mesmo das sanções aplicadas aos usuários e dependentes de drogas.

De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter ilícito (recorda-se: a posse de droga não foi legalizada).

Constitui um fato ilícito, porém, não penal, mas sim, *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, mas sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada), ou seja, nem é ilícito “penal”, nem “administrativo”, é um ilícito *sui generis*.

A doutrina tradicional sedimentou o entendimento de que, no Brasil, nossa legislação adotou o critério bipartido para os delitos, ou seja, há crimes e contravenções, inexistindo outra espécie.

Ao prever somente sanção restritiva de direitos e eliminar a privativa de liberdade e pecuniária, a nova lei afastou-se daquelas espécies legalmente definidas e criou uma nova.

A nova espécie encontra-se ainda dentro do gênero delito ou infração penal, uma vez que há pena e regramento pelo Direito Penal, todavia a nova classificação agora é *sui generis*. Seria uma terceira categoria (crime, contravenção penal e infração *sui generis*).

Aliás, a velha lição de que o Brasil é partidário do chamado “Sistema Dicotômico ou Bipartido” no que tange às infrações penais, dividindo-as em crimes e contravenções e não em crimes, delitos e contravenções como ocorre no chamado “Sistema Tricotômico ou Tripartido” adotado por outros países como, por exemplo, a França, vem sendo posto em cheque, considerando as inúmeras inovações legislativas que praticamente implodiram o sistema, ampliando sobremaneira as possibilidades de classificação das infrações penais brasileiras.

Muito bem descreve esse fenômeno Artur de Brito Gueiros Souza ao destacar o surgimento de uma justificada dúvida quanto a saber se realmente o Brasil continua adepto de um sistema bipartido ou se já migrou para um sistema tripartido ou até mais ampliado, mencionando-se uma suposta classificação em “crimes hediondos”, “crimes não – hediondos” e “infrações de menor potencial ofensivo”, as quais abrangem alguns crimes e todas as contravenções (inteligência das Leis 8072/90 e 9099/95). Isso sem contar uma possível subdivisão das infrações, acrescentando uma categoria que se denominaria de “infrações de médio potencial ofensivo”, composta pelos tipos penais que comportam a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 da Lei 9099/95, o que conduziria até mesmo a um sistema quadripartido.

Diante de tudo isto, a Lei Antidrogas criou uma nova infração penal, que não se enquadra no conceito de crime, nem de contravenção penal. Criou uma infração penal inonimada, punida com novas alternativas penais, no qual tem seu compromisso com uma nova proposta de Política Criminal em relação ao consumidor de drogas: prevenção, atenção e reinserção social.

E isto constitui um forte argumento de hermenêutica jurídica em favor da descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas.

2.2 Instituto da despenalização

Não obstante ao entendimento de Luiz Flávio Gomes, Adriane Medianeira Toaldo e Carina Deonlinda da Silva Lopes, boa parte da doutrina passou a argumentar em desfavor a

ideia de descriminalização e do surgimento de um sistema tripartido com a adição da infração *sui generis*, indicando que as condutas continuam sendo crimes havendo apenas a despenalização.

Entendem, principalmente, que a redação do art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal já está ultrapassada, pois data da década de 40, onde não se vislumbrava penas alternativas como sanções de infrações penais, além do mais, o art. 28 está no Título III, Capítulo III “Dos Crimes e das Penas”.

Renato Marcão convenceu-se de que não ocorreu a descriminalização, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão das penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal, assim asseverando:

“É certo que o art. 1º da LICPB é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o CP é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as dominadas “penas alternativas” se encontravam na Parte Geral do Código Penal da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209/84), e menos ainda com o status que passaram a ser tratados com advento da Lei 9.714/98.

O direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão. (...) A ausência de cominação privativa de liberdade não afasta nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção.” (MARCÃO, 2011. P. 06).

No mesmo sentido argumenta Fernando Capez:

“Não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei). A LICP está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.” (CAPEZ, 2017).

Nesse seguimento, defende Gabriel Habib:

“O que ocorreu com o delito de porte de drogas para uso foi justamente o fenômeno da despenalização, tendo em vista que o legislador o manteve com natureza de infração penal, porém com uma sanção mais leve, mais branda, consistente em advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Tendo em vista que, como dito acima, pelo instituto da despenalização a conduta não deixa de ser criminosa e não deixa de haver uma pena cominada, não ocorreu a *abolitio criminis* em relação ao uso de drogas previsto no art. 16 da revogada lei 6.368/1976 (antiga lei de Drogas). Na realidade, ocorreu a incidência princípio da continuidade normativo-típica.” (HABIB, 2019).

Ademais, nessa perspectiva, Renato Brasileiro de Lima:

“É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 - pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 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; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão entre outras constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30) (LIMA. 2019. P. 1147).”

Além disso, ainda que tal argumento não se mostre suficiente, o legislador pode-se apoiar no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o qual prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, da perda de bens, de multa e da suspensão ou interdição de direitos. Visto que uma das penas privativas para o porte de drogas para consumo próprio é a prestação de serviços à comunidade, conforme previsão constitucional e do Código Penal, recorda-se que a Constituição da República autoriza o legislador infraconstitucional à criação de outras penas, na medida em que adota, no art. 5º, inciso XLVI, a expressão “adotara entre outras as seguintes penas”.

Não havendo a descriminalização, a despenalização torna-se evidente, assim como aponta Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba:

“A nova lei de tóxicos manteve o crime no art. 28. Não se pode falar em descriminalização, porém seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. (...) o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal”. (BREGA FILHO, SALIBA, 2007, p. 07).

Embora a Nova Lei de Tóxicos tenha abrandado o tratamento dado aos usuários, aplicando-lhes uma pena mais branda do que a pena que previa a Lei nº 6.368/76, ora revogada, as sanções conferiram um o aspecto de medidas educativas com uma impressão nítida de despenalizar a conduta.

Diante disso, não se pode falar em descriminalização, uma vez que ocorreu, de fato, uma adoção de nova valorização das condutas, fundamentadas em uma nova política criminal, no qual visa a prevenir o consumo de drogas através da educação.

Por fim, a conduta continua sendo crime, como prevê no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, porém sua punição seria um tratamento ao usuário de drogas.

2.3 Entendimento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o AgRg no AREsp 971.023/SP, o AgRg nos EDcl no AREsp 598.631/SC e o REsp 1500884/SP, seguiu a orientação do Supremo Tribunal Federal, afastando as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o crime tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, ou seja, não houve descriminalização do referido artigo, que trata do uso de drogas para consumo próprio. A conduta continua sendo crime, concluindo o Superior Tribunal de Justiça que houve mera despenalização.

Desta forma, entende o Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PORTE PARA USO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDOTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. NÃO CONFIGURAÇÃO. FATO TÍPICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 430.150/RJ, sedimentou

orientação de que a Lei n. 11.343/06 não descriminalizou a conduta que tipificou no art. 28, que, portanto, continua a configurar crime. Ocorreu mera despenalização, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo, de pena privativa de liberdade como sanção. Habeas corpus não conhecido. ” (STJ - HC 406.905/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ROUBO MAJORADO (QUATRO VEZES). DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PLURALIDADE DE ARTEFATOS. SÚMULA 443/STJ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício. 2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator. Logo, a existência de condenação definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma. 3. "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." (Súmula 443/STJ). 4. Na hipótese, as instâncias ordinárias justificaram concretamente o aumento da pena em 3/8, pela presença das majorante do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, ao destacarem que "para alcançar o desiderato criminoso, o acusado uniu esforços ao seu comparsa, em verdadeira comunhão de desígnios, mediante o uso ostensivo de duas armas de fogo para aumentar o poder de intimidação das vítimas e lograr êxito na subtração dos bens e valores descritos na denúncia". 5. Habeas corpus não conhecido. ” (STJ – HC 447338 SC 2018/0097175-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 21/08/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018).

Nesse sentido, destaca que ocorreu a ""despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade" e não a descriminalização.

Por conseguinte, verifica-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça entende que a conduta descrita no art. 28 da Nova Lei de Tóxicos não foi descriminalizada, embora ocorreu uma despenalização, nos mesmo moldes do entendimento do Supremo Tribunal Federal que será analisado abaixo.

2.4 Entendimento do STF

Ao analisar a situação do usuário de drogas frente a nova legislação, Lei nº 11.343/06, e as correntes que norteiam essa discussão sobre a sua natureza jurídica, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal examinou o assunto no dia 13 de fevereiro de 2007.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário 430.105-9; RJ, o Supremo Tribunal Federal através do Ministro relator Sepúlveda Pertence lançou entendimento favorável a corrente que preceitua a não descriminalização do art. 28, havendo tão somente a despenalização:

“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. ” (STF – RE: 430.105 RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação> DJe-0004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

Trata-se de importante julgamento, na medida em que afasta o entendimento de que a conduta de porte de drogas para consumo pessoal não seria mais considerada infração penal (crime ou contravenção penal), rejeitando as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas.

O entendimento da suprema corte continua a considerar a conduta como sendo de natureza criminosa que deverá prevalecer na jurisprudência.

No citado julgamento, a turma afastou a incidência de abolitio criminis em relação ao art. 28 da Lei nº 11.343/06, como também de que a conduta passava a ser uma infração sui generis. Entenderam que o art. 28 tem natureza de crime, cujo conceito legal não pode mais ficar atrelado ao art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, sendo possível que a lei ordinária venha a estabelecer outros requisitos diversos dos previstos no referido decreto para que a conduta venha a ser considerada crime, havendo, portanto, apenas uma despenalização.

Nesse passo, julgado recente defendido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme evidente abaixo:

“E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL (LEI Nº 11.343/2006, ART. 28) – INOCORRÊNCIA DE “ABOLITIO CRIMINIS” – SIMPLES MEDIDA DE “DESPENALIZAÇÃO” DESSA CONDUTA – NATUREZA JURÍDICA DE CRIME MANTIDA – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR DELITO DESSA NATUREZA COMO CIRCUNSTÂNCIA CAPAZ DE PRODUZIR REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. ” (HC 148484 AgR, Relator (a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 23-04-2019 PUBLIC 24-04-2019).

Posto isto, a correta observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República sobre essa específica questão:

“8. É certo que a questão da descriminalização do porte de droga para consumo pessoal está no aguardo do julgamento da repercussão geral no RE 635.659 RG/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 506. Mas, enquanto isso, deve ser aplicado o entendimento e a lei ainda vigentes, no sentido de que a posse de substância entorpecente para uso pessoal permanece tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não obstante a sanção aplicada seja diversa da pena privativa de liberdade: ‘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. nº 11.343/06 não implicou ‘abolitio criminis’ (C. Penal, art. 107)’ (RE 430105 QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 26.4.2007). 9. No caso, contra o impetrante consta uma condenação anterior por uso de drogas (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), e, como já asseverou o Superior Tribunal de Justiça: ‘a jurisprudência pacífica das Cortes Superiores orienta-se no sentido de que a condenação anterior por infração penal descrita no art. 28 da Lei nº 11.343/06 pode ser utilizada na aplicação da agravante genérica da reincidência, bem ainda como maus antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime’.”

Até o momento da realização deste artigo, em tempo condizente com a data de entrega, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a matéria através de três de seus Ministros, quais sejam, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Roberto Barroso e Ministro Edson Fachin.

Atualmente, os autos do processo se encontram em mãos do Ministro Alexandre de Moraes, uma vez que, substituiu o Ministro Teori Zavaski, que morreu em 2017 após um acidente aéreo. Os votos demonstram a complexidade da matéria, mas ainda assim não permitem a análise do posicionamento da maioria da Corte.

Diante das decisões proferidas pelas mais graduadas cortes de justiça deste país, a hipótese levantada não foi confirmada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo investigar, à luz a legislação, da doutrina e da jurisprudência nacional, a respeito da Nova Lei de Drogas, ou seja, a Lei nº 11.343 de 26 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Antidrogas, e principalmente as mudanças relacionadas às penalidades e tratamentos dispensados ao usuário e dependente de drogas.

O interesse do tema abordado deu-se em razão de sua atualidade e pela diversidade de entendimentos que o mesmo vem sendo abordado no contexto nacional.

Acerca da descriminalização ou não e a despenalização, não obstante aos interessantes argumentos delineados principalmente por Luiz Flávio Gomes e Adriane Toaldo, a corrente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a que deve prevalecer.

O porte de drogas para uso pessoal é uma questão que tem suscitado muitos questionamentos e controvérsias, tomando um corpo maior em sua discussão atual, uma vez que a cada dia que passa, o número destas pessoas aumentam e, com isso, aumenta também a “preocupação” do Estado, para com a reinserção e reeducação destas pessoas à sociedade.

Como se percebe, em momento algum, a lei criminaliza a conduta de usar a droga, mas tão somente a sua detenção ou manutenção para consumo pessoal. Tutela-se, aqui, o interesse da coletividade, muito mais que o do próprio usuário, pois o que se pretende coibir é o perigo de circulação da substância, resultante de sua aquisição, depósito ou manutenção pelo agente.

A lei penal não incrimina o uso, justamente porque possui a sensibilidade necessária para não punir a autolesão e manter sua coerência constitucional.

Conforme demonstrado, a nova Lei Antidrogas alterou a nomenclatura a ser usada, abolindo a expressão substancias entorpecente para a expressão drogas, sendo considerada dentro deste conceito substâncias que causam dependência física ou psíquica, devendo estar ainda relacionadas dispositivos especificados pela União.

Além disso, a Lei nº 11.343/2006 foi responsável por grandes discussões dentro da doutrina e da jurisprudência, com relação ao argumento de que a referida lei haveria despenalizado ou descriminalizado o uso de drogas.

Grande parte dos doutrinadores entendem que a conduta descrita no artigo 28 da nova Lei Antidrogas foi apenas despenalizada, já que a pena privativa de liberdade foi extinta, dando lugar às penas que visam atingir única e exclusivamente as condutas do usuário de drogas, auxiliando-os na recuperação e reinserção social.

Outra corrente entende que houve uma descriminalização, ainda que de maneira formal e sem que a droga tenha sido legalizada.

No entanto, a jurisprudência do STF e do STJ não adotou este entendimento ainda, ou seja, para estes tribunais o porte de drogas para uso pessoal foi apenas despenalizado, permanecendo, ainda, como crime.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Lei de Drogas**. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 jun. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de agosto de 1976. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21 out. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 406.905 – SP**. Paciente: Mercio Teixeira De Souza. Relator: Ministro Felix Fischer. São Paulo, 07 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524665563/habeas-corpus-hc-406905-sp-2017-0162821-8/certidao-de-julgamento-524665587?ref=serp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 447.338 – SC**. Paciente: Cleiton Kniss. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Santa Catarina, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860197196/habeas-corpus-hc-447338-sc-2018-0097175-6?ref=serp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. No Habeas Corpus 148.484 – SP**. Paciente: Jefte Leonardo Dias Hernandez. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 05 de abril de 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768175544/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-148484-sp-sao-paulo-0011230-5720171000000/inteiro-teor-768175554?ref=serp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 430.105**, Questão de Ordem no Recurso Extraordinário. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 abr. 2007. Trata da despenalização do uso de Drogas. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28despenaliza%E7%E3o+e+uso+e+drogas%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p63m6fp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659 – SP**. Paciente: Francisco Benedito de Souza. Relator: Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 08 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 14 set. 2020.

BREGA FILHO, Vladimir e SALIBA, Marcelo Gonçalves. **A nova Lei de tóxicos: Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 16, Fev/Mar 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal**: volume 1, parte geral (arts. 1º a 120). 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006**, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal-crime-infracao-penal-sui-generis-ou-infracao-administrativa>>. Acesso em: 14 set. 2020.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à lei de drogas**. 2.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

TOALDO, Adriane Medianeira e LOPES, Carina Deolinda da Silva. **A Lei 11.343, de 26 De Agosto De 2006: Considerações Gerais E Legais A Respeito Do Usuário De Drogas E Sua Reinserção No Meio Social**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1220983&dou=1>. Acesso em: 14 set. 2020.