

POSSE DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

Data de aceite: 01/03/2023

Matheus Nascimento Pinheiro de Miranda

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Curso Bacharel em Direito
Colinas do Tocantins - TO

João Victor Oliveira Brito

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Curso Bacharel em Direito
Colinas do Tocantins - TO

Este Artigo será apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, da Faculdade de Colinas do Tocantins – FIESC/UNIESP exigido como parte dos requisitos para conclusão do Curso Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Me. Bernardino Cosobeck da Costa.

RESUMO: Após a vigência da nova lei de drogas nº 11.343 de 2006, o usuário de drogas, que na Lei anterior era tratado de uma forma dura e baseada em penas altas, passou a ter um tratamento diferente, baseado em penas alternativas, diferente daquelas previstas anteriormente. A utilização de drogas continua sendo crime, porém, não deve mais ter penas com reclusão e/ou detenção, mas somente será possível com as hipóteses do artigo 28 da

Lei nº 11.343/06. No Brasil, o sujeito ativo de uma conduta considerada como crime não pode ser também sujeito passivo, portanto não poderá ser punido pelo ordenamento. Entretanto, o usuário de drogas, por fazer mal a ele próprio com o uso de entorpecentes, deve ser considerado como crime de perigo concreto, visto que o mal que a substância causa é somente ao usuário, e não a sociedade como um todo. Importante ressaltar que esta não deve ser uma medida tomada para toda e qualquer droga, já que algumas delas fazem mal à sociedade como um todo e não apenas ao usuário. A lei nos traz, no artigo 28, §2º da lei em epígrafe, a determinação da quantidade de drogas para que seja configurado uso ou porte para tráfico.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. 11.343/06; Despenalização, Descriminalização; Drogas; Consumo x Tráfico.

POSSESSION OF ILLICIT DRUGS FOR PERSONAL CONSUMPTION: DECRIMINALIZATION OR DESPENALIZATION?

ABSTRACT: After the new drug law number 11.343 of 2006 came into effect, the drug user, who in the previous law was treated

harshly and based on high penalties, now has a different treatment, based on alternative penalties, different from those previously foreseen. The use of drugs continues to be a crime, however, it should no longer have prison and/or detention sentences, but only with the hypotheses of article 28 of Law 11.343/06. In Brazil, the active subject of conduct considered a crime cannot also be a passive subject, and therefore cannot be punished by the law. However, the drug user, for harming himself with the use of narcotics, must be considered a crime of concrete danger, since the harm that the substance causes is only to the user and not to society as a whole. It is important to emphasize that this should not be a measure taken for every drug, since some drugs cause harm to society as a whole and not only to the user. The law brings us, in article 28, §2o of the above law, the determination of the number of drugs to be considered drug use or possession for trafficking.

KEYWORDS: Drugs; Trafficking; Law number 11.343/06; Crime.

1 | INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, muito tem se falado sobre a legalização, liberação, descriminalização, despenalização do uso de drogas, isto que muitos países vizinhos tem tomado medidas significativas quanto ao assunto em questão. O Uruguai, por exemplo, em 2013 legalizou o uso da maconha e também reprovou a comercialização e produção da droga em todo o país, sendo assim, usuários da maconha além de não serem mais punidos pelo uso, também poderão encontrar lugares onde a venda é legal e poderão usar em qualquer local, sem medo, vergonha ou constrangimento, visto que a droga passou a ser legalizada.

No presente artigo, iremos tratar acerca de 2 (dois) institutos, são eles: descriminalização e despenalização do uso de drogas.

A descriminalização é fazer com que o fato em si não seja crime. A despenalização é fazer com que o crime não seja mais punido com pena privativa de liberdade, ou seja, será punido com uma advertência, mas ainda sim continuará sendo crime.

2 | CONCEITO DE DROGA E SEUS EFEITOS

De origem peculiar, a palavra droga deriva do persa *droa* (odor aromático), do hebraico *rekab* (perfume) ou do holandês antigo *droog* (folha seca).

A droga, pode ser compreendida como qualquer substância, seja ela natural ou sintética, que ao entrar em contato com o organismo do indivíduo, pode modificar uma ou várias de suas funções.

A Lei nº 11.343/2006, traz em seu art. 1º, parágrafo único, o conceito de droga:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as

substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

(BRASIL, 2006)

Para que uma substância ou produto seja classificado como droga, apenas a dependência daquele produto não é suficiente, sendo necessário, ainda, que, esteja em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União.

Olhando atentamente para o artigo supramencionado, percebemos o motivo de o cigarro ou a bebida alcóolica não serem proibidos no Brasil, pois, muito embora causem dependência aos seus usuários e, por vezes, consequências severas à saúde, as substâncias que os compõem não são tidas como entorpecentes, para fins de aplicação do elencado no art. 28 da Lei de Drogas.

É sabido que as drogas, independente de seu tipo, trazem severas consequências, não apenas psíquicas e físicas, mas também dependências física e psicológica, podendo leva-los à morte devido ao uso excessivo da droga, o que chamamos de Overdose.

a) Papel do Operador de Direito quanto a Análise da Legislação Antidrogas

A análise acerca do consumo de drogas é muito importante, de tal forma que, reduzi-la a uma explicação de causalidade linear seria negar-lhe toda sua complexidade. O fenômeno está inserido no âmbito de diversas problemáticas impostas à sociedade, comunidades locais e desafiam as autoridades e pesquisadores a apresentar soluções. Ainda que o consumo de drogas seja uma das práticas mais antigas da humanidade, o homem ainda busca alternativas para conseguir lidar com a questão, variando de maneiras políticas e culturais, de acordo com cada localidade.

O conhecimento acerca de consumo de drogas nas diversas sociedades humanas tem nos mostrado que o consumo atualmente tem se mostrado cada vez mais amplo e distribuído em diferentes grupos sociais, culturais, profissionais, etários, ao mesmo tempo em que consegue adquirir novos e diferentes significados. O uso de drogas é, num primeiro momento, identificado como a busca pelo prazer imediato. Mas há também, diversos outros significados, tais como: estratégia de socialização; aquisição de uma identidade de algum grupo específico; ocupação do tempo livre. De qualquer forma, a compreensão acerca do motivo do consumo de drogas pelo usuário necessita da adoção de uma perspectiva sistêmica.

b) O uso abusivo de drogas

As consequências do uso abusivo de drogas afetam sociedades ao redor do mundo, envolvendo homens e mulheres de diversos grupos étnicos, socioeconômicos e etários. O consumo de drogas no Brasil mostra que as mais consumidas e causam maior dependência são as drogas lícitas (álcool e cigarro). A presença de drogas no país não se deve apenas aos traficantes internacionais, mas obedece a lógica de funcionamento da sociedade, caracterizada por interesses econômicos e norteada pelo consumo em geral.

Os usuários de drogas ilícitas têm recebido tratamentos contraditórios, sendo tratados ora como doentes ora como criminosos. Qualquer uma das formas de tratamento elencadas levam a sociedade ao estigma contribuindo para o consumo de forma clandestina, limitando a compreensão do uso.

As abordagens repressivas que acompanham esses tratamentos estigmatizados, têm se mostrado cada vez mais ineficazes, tendo ampla responsabilidade na reprodução da violência associada ao mundo das drogas. O resultado das táticas repressivas de combate às drogas se reflete no resultado dos presídios super lotados e na alta taxa de mortalidade causada por overdose.

c) Medidas alternativas

Quanto às medidas alternativas para se tratar o consumo de drogas, existem quatro correntes existentes para discorrer sobre o assunto: (I) Liberação total da venda e o uso de Drogas; (II) Legalização e Regulamentação do uso de Drogas; (III) Legalização do consumo individual de todas as drogas; (IV) Descriminalização do uso de drogas com a manutenção da proibição na esfera administrativa.

I. Liberação Total da Venda e Consumo de Drogas

A guerra contra as drogas tem se mostrado bastante ineficaz, não apenas pelo aumento e consumo do tráfico, mas também pelo fracasso de medidas ressocializadoras, sendo que a única solução é liberar totalmente a venda e o consumo de drogas.

Por outro lado, ao observar a liberação de drogas em outros países, fora observada em uma reportagem publicada pela Revista Veja em 05 de agosto de 1999, nas páginas 98 e 99, que quando Holanda, Suíça e Dinamarca optaram por esta liberação, o tiro saiu pela culatra, pois o tráfico de drogas aumentou significativamente, o que acarretou descontentamento da população quanto a decisão tomada.

II. Legalização e Regulamentação do uso de Drogas

Com a legalização e regulamentação de drogas, além de o tráfico ser combatido, poderá oferecer um entorpecente que será submetido a controles de qualidade, evitando, dessa forma, possíveis overdoses pela má qualidade do produto. Na forma da lei, haveria o recolhimento de impostos sobre a compra e venda de drogas, que seriam revertidos para o tratamento de usuários.

Para fortalecer o argumento, há oito anos, o Uruguai aprovou um Lei que estabelece a compra e venda de maconha, baseando-se na necessidade de melhorar a saúde da população através de uma política destinada a minimizar os danos e reduzir os riscos relacionados ao uso de *cannabis*. Além disso, a Lei busca reduzir a incidência do narcotráfico e do crime organizado, proporcionando à sociedade a possibilidade de educar e conscientizar toda a população sobre os riscos envolvidos no vínculo com o comércio ilegal.

III. Legalização e Regulamentação do uso de Drogas

As drogas poderiam ser utilizadas para uso individual, tal como álcool e cigarro.

Se trata de uma liberdade individual exercida pelo próprio cidadão em fazer o que quiser com o próprio corpo (Princípio da alteridade – prevê que o direito só deve punir condutas que firam direitos alheios), não podendo o Estado interferir em tal esfera. Tal restrição ao consumo estaria ferindo o direito a liberdade estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Em desacordo com o argumento acima, segundo dados da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), a decisão de usar drogas interfere diretamente o direito coletivo, pois, para cada dependente/usuário de drogas, existem em média mais 4 pessoas afetadas (no âmbito familiar), atingindo cerca de 30 milhões de brasileiros.

IV. Descriminalização do uso de drogas com a manutenção da proibição na esfera administrativa

Digamos que o Direito Penal não deva cuidar de infrações menos graves, mas que este deve ser subsidiário, subjetivo ou mínimo, atuando apenas naquelas situações específicas em que outras áreas do direito não sejam suficientes. Nesse caso, deveria haver uma espécie de órgão, que multaria os consumidores flagrados com drogas, fazendo com que a conduta fosse punida administrativamente, sem deixar de ser crime.

Do contrário, é percebido que o consumo de drogas não é proibido somente pelo fato de causar danos ao usuário, mas também pelo risco que este oferece à sociedade. Caso seja adotada a conduta de descriminalização, as condutas de perigo devem ser retiradas do código penal, por não poderem ser criminalizadas.

3 | A POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA PELO BRASIL

Após promulgação da Lei nº 11.343/2006, se demonstra clara a intenção do legislador em não punir com a prisão o portador de drogas para o próprio consumo, tendo em vista que o sistema prisional brasileiro, além de não possuir verba suficiente, é precário e superlotado, sendo considerado uma “escola para o crime”, onde os indivíduos saem da prisão com o *modus operandi* para cometer novos e piores delitos/infrações.

a) O tratamento do usuário de drogas à luz da Lei nº 11.343/2006

Com a entrada em vigor da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, o Brasil estabelecia como propósito tratar o dependente e o usuário com maior dignidade, buscando tratamento em vez de punição. Em 2000, Portugal, também preocupado com a dignidade dos dependentes e usuários de drogas, apresentou uma atitude mais inovadora do que o Brasil, descriminalizando o consumo de drogas em pequena quantidade. Nesse contexto, esta reflexão apresenta uma comparação entre a legislação recente desses dois países, especialmente no que se refere à diferenciação entre usuário/dependente de drogas e traficantes e seus respectivos tratamentos. Apesar das alterações legislativas no Brasil, há incipiente foco em programas de saúde pública que lidem com o problema das drogas no país. Assim, a experiência de Portugal pode trazer importantes elementos para o delineamento de políticas mais efetivas no Brasil, que considerem as particularidades

nacionais e a multidimensionalidade do fenômeno das drogas.

b) Brasil X Portugal

I. Semelhanças e Diferenças

Em relação ao procedimento para a aplicação das medidas previstas na legislação, no Brasil não cabe prisão em flagrante, sendo assim, não será lavrado auto de prisão em flagrante e, conseqüentemente, o portador da droga para consumo pessoal não será preso.

O autor do fato, possível dependente ou usuário, deverá ser encaminhado imediatamente ao juízo competente. Na falta de uma autoridade judicial de plantão, deverá assumir o compromisso de comparecer oportunamente ao juízo.

Assim, na ausência de um juiz, a autoridade policial deverá proceder à lavratura do termo circunstanciado e requisitar a realização de exames periciais. Concluída essa fase, o agente do fato será submetido ao exame de corpo de delito se assim o requerer ou se a autoridade policial entender conveniente, sendo em seguida liberado.

Ao agente do fato será aplicada a Lei nº 9.099/1995, dos juizados especiais criminais. Na audiência de conciliação será proposta pelo Ministério Público a transação penal, sendo essa uma espécie de acordo em que não se discute a responsabilidade ou não do agente.

Caso o agente aceite a transação, será necessária a presença de seu advogado. Como não se discute a responsabilidade, serão aplicadas automaticamente as penas expressas na Lei nº 11.343/2006, ou seja, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em Portugal, o indivíduo que for detido com substância ilícita, desde que não excedente, será conduzido para uma Comissão de Dissuasão. Nesse momento será analisado se o indivíduo é dependente ou consumidor, a fim de determinar o tratamento correto. Sendo constatada a dependência química, ele será convidado para um centro de tratamento. É importante ressaltar que o consumidor pode não aceitar o tratamento.

Tanto Portugal como Brasil possuem como meta a recuperação do dependente, com caminhos diferentes. Apesar de o Brasil considerar crime o consumo de drogas em pequena quantidade e Portugal não o considerar crime, a meta principal de ambos é recuperar e tratar o dependente.

Não há como deixar também de comentar que vários dados surgem a respeito da descriminalização do consumo de drogas em Portugal, ou seja, da pessoa que for encontrada consumindo drogas. Com relação a essa matéria, destacam-se notícias afirmando que o consumo de drogas aumentou em Portugal e que as mortes por consumo de drogas elevaram-se.

4 | O PORTE DE DROGAS COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

O porte de drogas para consumo pessoal, observando do ponto de vista lógico, se

trata de uma questão de saúde pública, visto que a dependência química é reconhecida pela OMS (Organização Mundial de Saúde), sendo de conhecimento mundial as consequências derivadas da propagação do uso de drogas, gerando diversos problemas, tais como: violência no âmbito familiar; e formações de organizações criminosas para sustentar e favorecer o uso pessoal.

O bem jurídico se demonstra relevante quanto a necessidade de prevenir o comportamento do indivíduo, que atualmente demonstra de grande preocupação da saúde coletiva no âmbito nacional e internacional.

Ao analisar o crime, o uso do entorpecente não tipifica o crime, mas sim os problemas que seu uso acarreta para a sociedade. A dependência química está classificada na “Classificação Internacional de Doenças (CID)”, como transtorno mental e comportamentos indevidos, devido ao mau uso de múltiplas drogas e substâncias ilícitas.

a) Internação do usuário de Drogas

A internação do usuário de drogas pode ser feita pelo SUS, após o indivíduo passar por uma avaliação psicológica com profissional habilitado do Centro de Atenção Psicossocial (CAPS). Caso o paciente não consiga a internação, deverá ser requerida em entidades filantrópicas, ou deve ser recorrido na justiça, via processo judicial.

Atualmente, a maneira mais rápida de conseguir tratamento é recorrendo via processos judicial, visto que mesmo que algumas clínicas sejam filantrópicas, estas cobram por mensalidades por terem as chamadas “vagas sociais”

A Lei da reforma Psiquiátrica, no art. 6º, inciso III, nos traz a seguinte redação:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

(BRASIL, 2001)

Ao analisar o artigo acima, é percebido que, ocorrendo a descriminalização do porte de drogas, haverá grandes prejuízos ao Sistema de Saúde, agravando em todos os aspectos a saúde pública atual, pois a liberação do porte transmitirá à população a imagem de que não há problema em consumir drogas de um modo geral, fazendo com que os jovens comecem ou continuem o uso, aumentando, dessa maneira, o uso de substâncias ilícitas no Brasil.

5 I SÍNTESE SOBRE A LEI Nº 11.343/2006

A partir da redação da Carta Magna sobre a saúde pública brasileira, houve a necessidade de se punir as condutas que prejudiquem a saúde do indivíduo que cheguem a causar danos além do previsto. Quando se fala no “usuário de drogas” pouco se sabe sobre a conduta ser punível pelo fato de fazer mal à própria pessoa, prejudicando sua saúde por uma droga capaz de levar a pessoa a ficar dependente da mesma e como consequência, acarretar diversos ‘males como o tráfico, o furto, o roubo. Muitas pessoas acreditam que se trata de “paternalismo penal”, ou seja, acreditam que a pessoa tem liberdade para agir conforme achar conveniente mesmo que isso lhe acarrete grave prejuízo à saúde.

A Lei de Drogas, entrou em vigor em outubro de 1006, e seu artigo 75 revoga as Leis de Drogas anteriores a esta (Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/2002). A Lei de Drogas atual trata do objeto da conduta criminosa como sendo apenas a droga em si, quando nas Leis anteriores era tratador por “substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica”, e deveria ser especificado em lei quais eram as drogas a qual se tratava, tratando - se de norma penal em branco, onde seu texto deveria ser complementado com outras leis previstas no ordenamento.

6 I A NATUREZA JURÍDICA DO ART 28 DA LEI DE DROGAS E SUAS DISCREPÂNCIAS

O artigo 28 da Lei em análise trata as seguintes condutas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

§ 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.

(BRASIL, 2006)

A conduta de quem “adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não foi descriminalizada e, assim, longe está de ter ocorrido o fenômeno da *abolitio criminis*.

Conforme se depreende da Lei n.º 11.343/06, a conduta acima retratada foi tipificada como Crime, inclusive estando situada no Capítulo III, denominado “DOS CRIMES E DAS PENAS”.

Ainda, além da questão de localização normativa que impinge ao exegeta análise sistemática, tem-se que ao final do *caput* do art. 28, encontra-se redigido: “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: [...]”

Assim, além da análise sistemática, há a previsão de que a conduta tida como criminosa deve ser “punida” com “pena”.

Ainda, vale lembrar que uma análise teleológica [3] da lei posta a manutenção da conduta como criminosa, a partir do momento em que ao invés de ensejar tratamento sanitário ao caso utilizando a falácia “é caso de saúde e não de polícia”, posto que o tema é bem mais complexo, o legislador definiu que quem detiver a droga para consumo pessoal deve, ao invés de tratamento, receber reprimenda penal.

Poderia alguém dizer que, não obstante a conceituação e tipificação das condutas descritas no caput do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 como sendo crimes, assim não se enquadrariam, uma vez que o próprio legislador, no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, estampou que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.

a) Discrepâncias acerca do art. 28

Podem ser identificadas diversas discrepâncias acerca do art. 28. Dentre elas,

podem ser destacadas 04 (quatro) principais teorias acerca dessa natureza, estas se baseiam na possibilidade desse ilícito penal ser uma infração *sui generis*, infração penal inominada, contravenção penal ou crime, há discussões também que se tratam de uma infração administrativa.

A abrangente discussão acerca do art. 28 da Lei de Drogas nº 11.343/2006 se deu com a forma mais branda de punir as pessoas que são usuárias de drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, os crimes são caracterizados por utilizar como punição a pena de detenção ou reclusão, de acordo com o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal que, diferente do art. 28 da Lei de Drogas que não utiliza nenhuma dessas formas para punição do usuário de drogas, gerando então uma discussão acerca da sua natureza jurídica.

b) Natureza Jurídica do art. 28

No que se refere à natureza jurídica do art. 28, as principais teorias se apoiam na posição de esta ser crime, infração administrativa, infração *sui generis*, contravenção penal ou infração penal inominada.

A natureza jurídica do art. 28, pode ser considerada por muitos como ilícita, quando em seu texto, o art. traz como Título “Dos crimes e das penas”, falando sobre a possibilidade de haver reincidência, e a reincidência está diretamente ligada a quem pratica um crime e posteriormente pratica nova infração penal, ou seja, seria apenas mais uma justificativa para ser caracterizado crime. A posição de considerar o art. 28 um crime é a mais aceita pela maioria da doutrina.

Acerca da possibilidade de ser uma infração administrativa, muitos doutrinadores sequer pensam sobre tal possibilidade, isto posto o referido art. tratar como quem impõe suas sanções sendo o Juiz de Direito e não uma autoridade administrativa visível a impossibilidade de se chegar a essa teoria da infração administrativa.

7 | DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

Quando se fala sobre descriminalizar, falamos sobre abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penal irrelevante. Já quando se trata acerca da despenalização falamos sobre a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (por exemplo: restritiva de direito). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (seja crime ou contravenção). Com a despenalização a conduta permanece sendo criminosa.

A partir da vigência da nova Lei de Drogas (nº 11.343/2006), a letra de lei sofreu revogação expressa da Lei nº 6.368/1976 que trazia tipificada e apenada a conduta de “adquirir, guardar consigo, para uso próprio, substância entorpecente [...]” a qual era atribuído uma pena ao infrator de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos cumulada com a pena de multa. Portanto, pela revogada lei era crime, punido com pena de restrição

a liberdade, a compra ou o porte de drogas para uso próprio.

Todavia, na atual Lei, não se encontra mais a penalização da conduta de compra e porte de drogas para consumo próprio com privativa de liberdade. O art. 28, da Lei n 11.343/2006, afirma que o uso pessoal de substâncias entorpecentes será penalizado com:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(BRASIL,2006)

Ainda no art. 28 encontra-se que:

§ 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

(BRASIL, 2006)

Dessa forma, resta percebido que, em nenhum momento ficou disposto na nova lei que o usuário que adquire, armazena, transporta consigo, para uso pessoal drogas ou substâncias ilícitas será submetido à pena privativa de liberdade, como era então prevista na antiga Lei nº 6.638/76, estando disposto somente penas restritivas de direitos.

O que realmente interessa, para a definição legal de crime, não é propriamente a espécie de pena cominada, mas os seus pressupostos legais formais. Além do mais, as espécies e possibilidades de cominação de penas pelo legislador não provêm de um rol taxativo, mas somente imprescritível que tantas penas quanto forem criadas pelo legislador sejam compatíveis com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, proibitivo de penas cruéis.

a) Porte para consumo X Tráfico

Como saber se o indivíduo está portando droga para uso ou tráfico? Esta decisão será discricionária do juiz que julgará o caso, porém com alguns critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28:

Art. 28 [...]

§ 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.

(BRASIL, 2006)

Não existe uma quantidade certa e determinante para a diferenciação de porte para tráfico, será uma decisão subjetiva do juiz, obviamente ligada ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, tendo este que esclarecer o motivo de suas decisões.

81 CONCLUSÃO

Pode ser concluído, quando se fala em Lei de Drogas, que a descriminalização e a despenalização são faladas de forma equivocada, pois é necessário que se tenha atenção a cada significado diferenciado. Em relação ao usuário, que é tratado de maneira diferenciada nesta Lei em relação à anterior, pode-se dizer que foi despenalizado, não sofrendo mais penas de detenção e reclusão, mas sim penas alternativas a estas, que punem pelo perigo que o agente apresenta e não pelo delito cometido, visando reeducar o sujeito ao invés de retribuir o mal feito.

Conforme visto desde as legislações anteriores até os dias atuais a criminalização do porte de drogas mostra a necessidade de proteger em primeiro ponto a saúde pública e depois a saúde do usuário, de forma que seu uso incontrolável acaba gerando danos a saúde e se tornando dependente, ao modo que precise de tratamento com dificuldades de ser custeados pelo SUS.

Outra consequência derivada pelo usuário eventual por simples vontade de se drogar e acaba com essa atitude financiar o tráfico e a criminalidade gerada pelo tráfico, pois dele advêm outros crimes como homicídio, tráfico de armas entre outros, lesando assim de forma indireta a coletividade, como também lesa de forma direta a sociedade quando pratica crimes sob a influência do entorpecente, neste caso, se faz necessária à sanção punitiva para quem faz o uso eventual das drogas, para intimidar o agente a não cometer novamente o crime. Assim, entende-se que não há outro ramo do direito para intervir do que o Direito Penal, já que o delito de porte de entorpecentes põe em risco a vida, a saúde, a integridade física e a segurança de toda a coletividade.

Pelo ordenamento jurídico vigente, para ser considerada droga a substância deve estar inserida na portaria 344 do Ministério da Saúde, portanto só será unida se estiver lá descrita, não podendo aumentar este rol sem uma atualização do próprio Ministério.

É necessário que haja uma maior atenção voltada ao tratamento dado ao usuário de drogas, pois crime de perigo abstrato não é conveniente a todo e qualquer tipo de droga e a sociedade não é atingida e colocada em risco pelo uso de qualquer das substâncias ilícitas, seria mais conveniente um tratamento de crime de perigo concreto, sendo necessário avaliar o mal que a determinada droga pode ter feito ao caso mais específico a ser analisado por autoridade competente.

Nos dias atuais, o Brasil busca adotar o princípio da insignificância para o usuário de drogas com base em três critérios: I – mínima ofensividade da conduta do agente; II – Nenhuma periculosidade social da ação; III – Reduzido grau de reprovabilidade do

comportamento; e IV – Relativa inexpressividade da lesão jurídica. Entretanto, não há que se falar neste princípio quando o agente é um militar, pois este cidadão representante das forças armadas do Estado precisa defender o país e obedecer às normas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO PORTELA, André Luiz. **Descriminalização ou Despenalização?** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4024>. Acesso em 10 de Novembro de 2022.

DORNELLES, Marcelo Lemos. **A natureza jurídica da punição do usuário de drogas no Brasil. Descriminalização, despenalização ou descaracterização?** Revista do Ministério Público do RS nº 7016. Indd. Disponível em:<http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf> Acesso em: 12/11/2022.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal.** MP-MG, Ano II, n. 07. 2006. Disponível em:<<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/795/4.2.1%20Posse%20de%20drogas%20para%20consumo%20pessoal.pdf?sequence=1>> Acesso em: 12/11/2022.

QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/>>. Acesso em: 21. Novembro de 2022

SOUZA, Murilo Camozeli de. **Da natureza jurídica da conduta de consumo pessoal de droga na nova lei antidrogas.** Disponível em: <http://www.esadvogados.adv.br/Artigos/artigo_02.pdf> Acesso em: 22/11/2022.

SAMPAIO, José Adécio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey,2002. Acesso em: 25/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.216 de 6 de Abril de 2002**, Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm#:~:text=LEI%20No%2010.216%2C%20DE,modelo%20assistencial%20em%20sa%C3%BAde%20mental.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm Acesso em: 26/11/2022

BRASIL. **Portaria MTP nº 334 de 17/02/2022**. Estabelece diretrizes sobre a emissão do PPP em meio eletrônico. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-mtp-334-2022.htm#:~:text=Estabelece%20diretrizes%20sobre%20a%20emiss%C3%A3o%20do%20PPP%20em%20meio%20eletr%C3%B4nico.&text=Considerando%20a%20necessidade%20de%20garantir,Art>. Acesso em: 27/11/2022