

DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL¹

CARINA BELTRAMINI

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNILAGO

Docente do Curso de Graduação em Direito da UNILAGO

RESUMO

O presente artigo, com consulta à melhor doutrina e jurisprudências, busca analisar a mais recente discussão em pauta no Senado Federal: a aprovação de proposta da descriminalização da posse de droga para consumo próprio. O trabalho justifica-se já que a descriminalização ou não da posse de drogas não envolve somente a saúde do usuário, mais sim, a saúde da coletividade e a segurança pública. Ademais, o argumento trazido pelo Poder Público de que o usuário deve ser tratado e não apenado não condiz com que dispõe a atual Lei de Drogas, já que a mesma não traz nenhuma pena privativa de liberdade a quem tem posse da droga para consumo pessoal. E ainda, constatar que deixando de ser considerado crime a posse de droga para consumo próprio, muitos indivíduos sentirão à vontade para experimentar a substância entorpecente, aumentando consequentemente o número de usuários. Assim, sendo maior o número de usuários, maiores serão os gastos com tratamento de dependentes, maiores serão os crimes para financiar o vício e maior será o poder das organizações criminosas. Finalmente, o estudo conclui que além de tratar-se de

¹Artigo científico apresentado e aprovado - Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Unilago - 2012.

um tema bastante polêmico e atual, a descriminalização da posse de droga para uso pessoal surtirá efeito contrário ao pretendido pelo Poder Público, isto é, restará ao incentivo ao uso de entorpecentes e o fortalecimento do narcotráfico.

Palavras-chave: Droga. Consumo próprio. Descriminalização. Discussão.

SUMÁRIO: Introdução – 1 Breve análise do art. 28 da Lei de Drogas – 1.1 Natureza jurídica – 1.2 Sujeito ativo – 1.3 Sujeito passivo – 1.4 Bem jurídico protegido – 1.5 Núcleos do tipo – 1.6 Elemento subjetivo do tipo e consumação – 1.7 Tentativa – 1.8 Penas cominadas – 1.9 Prescrição – 2 Da descriminalização da posse de droga para o consumo pessoal – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

A busca de alternativas de diminuir ou evitar o consumo de drogas e combater o tráfico faz surgir discussões polêmicas no meio jurídico, social e acadêmico.

Assim, enquadra-se a pretensão da descriminalização da posse de droga para consumo próprio, sob o argumento dos defensores, de que o usuário deve ser tratado e não apenado. Uma polêmica que surge como solução, em meio a fragilidade da atual legislação de prevenção e repressão ao consumo de entorpecentes.

O presente trabalho tem como objeto a atual aprovação de proposta pela Comissão Especial que elabora o anteprojeto do novo Código Penal da descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, bem como seus efeitos dentro do universo jurídico e social.

O objetivo principal deste artigo é a realização de uma breve pesquisa jurídica, doutrinária e jurisprudencial, para apresentação de reflexões sobre o tema descriminalização da posse de droga para o consumo pessoal, que é foco central deste estudo, tendo como ponto relevante a aprovação da atual proposta pelo Senado Federal.

No cenário jurídico, temos atualmente, que a Lei de Drogas, Lei n. 11343/2006 publicada no dia 24 de agosto de 2006, em vigor desde 08 de outubro de 2006, traz como crime a detenção de droga para uso pessoal, não importando a quantidade. Não sendo tal conduta punida com prisão, não eclodindo em um processo, sendo apenas admitida pena de prestação de serviços à comunidade, porém, não deixando de ser considerada crime pela vigente lei.

Feitas as considerações iniciais, faz necessário, antes de adentrarmos ao nosso tema central, uma breve análise a respeito do art. 28 da atual Lei de Drogas.

1 BREVE ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

A Lei n. 11343/2006 (Lei de Drogas) revogou a legislação anterior referente a tóxico, Lei n. 6368/1976 e 10409/2002, além de trazer inovações como a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescrição de medidas de prevenção ao uso indevido e medidas para a reinserção social dos usuários e dependentes, a previsão de novos crimes relativos às drogas e a inserção de novo procedimento criminal, trouxe ainda, segundo Fernando Capez (2010, p. 750) 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 drogas; não mais existe 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.

Nesse contexto, necessário se faz um estudo a respeito do que preconiza o art. 28 da nova Lei de Drogas com relação ao tratamento diferenciado adotado ao usuário, item que será abordado a seguir.

1.1 Natureza jurídica

Com relação à natureza jurídica, muito se discute na doutrina se o art. 28 da Lei n. 11343/2006 descreve uma conduta que pode ser considerado verdadeiro crime.

Faz mencionar que existem três correntes discutindo a natureza jurídica deste artigo, vejamos a linha de pensamento com seus respectivos fundamentos de cada uma.

Para uma primeira corrente, o art. 28 narra conduta que é verdadeiramente um crime, se valendo dos seguintes embasamentos legais para firmar posicionamento:

- a) O capítulo que abrange o art. 28, dentro da lei de drogas é intitulado "Dos Crimes";
- b) O art. 28, §4º fala em reincidência, portanto refere-se a crime;
- c) O art. 30 fala em prescrição, assim, se há a possibilidade de prescrição da pena, somente a existência desta é consequência de crime;
- d) O art. 5º, inc. XLVI, Constituição Federal permite a imposição de outras penas que não as de reclusão ou de detenção;
- e) É a posição do Supremo Tribunal Federal, que entende que é crime a conduta descrita no art. 28, da Lei 11343/2006. (STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJ 27/04/2007, p. 00069). (CAPEZ, p. 1, 2009).

Para uma segunda Corrente, o art. 28 refere-se a uma infração penal *sui generis*; embasando seu entendimento nos seguintes fundamentos:

- a) O nome do capítulo nem sempre corresponde ao conteúdo de seus artigos. Por exemplo, o Decreto-Lei 210/1967 chama de “crime” que serão praticados por Prefeitos, meras infrações político-administrativas;
- b) Reincidência significa repetir o fato, não está relacionada propriamente a crime;
- c) Tanto o ilícito civil, como o ilícito administrativo, e também o ato infracional prescrevem e não são considerados como crimes;
- d) O crime é punido somente com reclusão e detenção e a contravenção penal é punida com prisão simples, restando ao art. 28, portanto, a natureza jurídica de infração penal *sui generis*, sendo o que diz a Lei de Introdução ao Código Penal;
- e) Pelo art. 48, §2º, Lei n. 11343/2006, é encaminhado ao Juiz o infrator e não à Delegacia, como seria normalmente realizado no caso de crime.

Já para uma última e terceira Corrente, entende que o art. 28 não é crime, mas sim fato atípico na seara penal, e tal posicionamento se desdobra nos seguintes fundamentos:

- a) A lei de drogas fala em medida educativa o que é diferente de medida punitiva;
- b) O descumprimento da pena não gera nenhuma consequência penal;
- c) Este posicionamento da não consideração da conduta do art. 28, lei 11.343/2006 como crime sustenta o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações sociais;
- d) A saúde individual é um bem jurídico disponível.

Em que pese o parecer favorável pelo Senado Federal da descriminalização da posse de droga para o consumo, tema que será discutido em item próprio, o fato descrito no art. 28 continua a ter natureza de crime, como já dito anteriormente.

1.2 Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime do art. 28 poderá ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum.

1.3 Sujeito passivo

Em relação ao sujeito passivo, que é atingido com a prática do crime do art. 28, é a coletividade.

No mesmo sentido, menciona Fernando Capez (2010, p. 751), com relação à figura do sujeito passivo: “É a coletividade, uma vez que se pune o perigo a que fica exposta com a detenção ilegal da substância tóxica, ainda que a finalidade seja a de consumo pessoal”.

1.4 Bem jurídico protegido

O bem jurídico protegido com a norma do art. 28 é a saúde pública, ou seja, é propriamente o risco que o usuário gera à saúde pública, e não o viciado. Sendo que a lei não tipifica como crime a conduta “usar”, mas sim, a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. (CAPEZ, 2010, p. 750).

1.5 Núcleos do tipo

Preconiza o art. 28 da Lei de Drogas:

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:
[...]

A lei anterior (Lei n. 6368/76) dizia para “uso próprio” e foi substituído por “para consumo pessoal”, o que, substancialmente nada alterou, pois relevante juridicamente é saber que destinação será dada à droga.

São os núcleos do tipo os verbos constantes do caput do art. 28, sendo várias as condutas incriminadoras, tratando-se de um tipo misto alternativo, segundo a doutrina penal.

Na definição das condutas típicas do art. 28, menciona Fernando Capez (2010, p. 750):

a) Adquirir: é obter mediante troca, compra ou a título gratuito; b) guardar: é a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste e manter a droga para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém; c) ter em depósito: é reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo. Essa conduta típica foi introduzida pela nova Lei; d) transportar: pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se da droga for levada junto ao agente, a conduta será a de “trazer consigo”. Trata-se de delito instantâneo, que se consuma no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer. Essa figura típica também foi introduzida pela nova Lei; e) trazer consigo: é levar a droga junto a si, sem o auxílio de algum meio de locomoção. É o caso do agente que traz a droga em bolsa, pacote, nos bolsos, em mala ou no próprio corpo.

Assim, cinco são as condutas sancionadas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, sendo crime de ação múltipla em que a realização de mais de uma conduta em relação à mesma droga constitui crime único.

1.6 Elemento subjetivo do tipo e consumação

O crime do art. 28 é punido a título de dolo e se consuma com a prática de qualquer dos núcleos do tipo dispostos no caput (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo).

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2007, p. 149):

Dimensão subjetiva da infração (“droga para consumo pessoal”): o tipo infracional contemplado no art. 28 só pode ser realizado mediante conduta dolosa. Não prevê a forma culposa (que é atípica, portanto). Dolo significa saber e querer (saber que tem a posse da droga e querer ter essa posse).

Observa-se que a Lei n. 11343/2006 não pune o ato no pretérito. Se já foi cometido o crime, o indivíduo não poderá ser punido, e o fato será considerado como atípico.

Frisa-se que usar droga nunca foi e não será crime pelo anteprojeto do Novo Código Penal. Não se tem no tipo penal o verbo ou expressão “usar”. Temos o que a lei focaliza é o perigo abstrato para e contra a saúde pública daquele que traz consigo a droga, desaparecendo tal perigo, com o consumo. Por isso, como mencionado acima, que a lei não se importa com as condutas pretéritas. Mesmo porque, se o consumo já ocorreu, esvaiu-se a materialidade, não tendo crime de droga se o objeto material, a droga em si, que seria submetida à análise pericial para a constatação de natureza e quantidade.

1.7 Tentativa

A maioria da doutrina admite a possibilidade da tentativa do crime de uso pessoal quando se determina a conduta no núcleo do “tentar adquirir” a droga.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2007, p. 151):

Tentativa: do ponto de vista fático é possível. Por exemplo: tentar adquirir droga para consumo pessoal. Mas para essa conduta nenhuma sanção foi contemplada expressamente na nova Lei. É impunível, portanto (não sendo possível aplicar o art. 14, parágrafo único, do CP, por analogia). O tipo já não exige nenhum resultado. Não exige nenhum perigo concreto para um ser humano [...]

Assim, temos que o legislador objetivou cuidar e não punir o usuário de drogas, e ainda, temos que segundo a doutrina penal ninguém pode ser punido pela mera intenção ou cogitação, no caso, de ter a posse da droga. (GOMES, 2007, p. 151).

No mesmo sentido, a cogitação trata-se do momento interno da infração pertencente ao *inter criminis* ou caminho do crime, sendo totalmente irrelevante para o Direito Penal. Assim, não ultrapassando a ideia criminosa (adquirir a droga para consumo pessoal) a esfera mental, não poderá ser censurado criminalmente o ato. (ESTEFAM, 2011, p. 258).

1.8 Penas cominadas

Como já mencionado, o nosso legislador pátrio decidiu por melhor não punir o chamado usuário de droga, isto é, aquele que consome substância entorpecente, dispondo o art. 28 da Lei de Drogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
[...]

Temos que o maior avanço da nova lei foi exatamente tratar o dependente como caso de saúde pública e não como “bandido”, assim como há dependentes de bebida, cigarro, há dependente de drogas.

Assim, a grande inovação trazida pela vigente Lei de Drogas foi deixar de imputar pena privativa de liberdade para o crime de porte de droga para consumo próprio, passando constar penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (GONÇALVES, 2011, p.36).

1.9 Prescrição

A prescrição recairá sobre os crimes dependendo da quantidade de pena que lhe é aplicada. Desta feita, como será calculada a prescrição para o crime do art. 28?

O art. 30 da lei de drogas dispõe que prescreve em dois anos o crime constante do artigo 28, seja prescrição punitiva, seja prescrição executória. Vejamos:

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Finalizada a breve abordagem a respeito do art. 28 da Lei de Drogas, passamos a discorrer a respeito da atual e polêmica aprovação pelo Senado Federal de proposta da descriminalização da posse de droga para consumo pessoal.

2 DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

Não diferente do que determinava a legislação anterior, atualmente é crime o porte de droga para consumo próprio, não importando a quantidade, no entanto, agora pode não ser mais.

É que no último 28 de maio, a Comissão Especial responsável pela elaboração do novo Código Penal aprovou proposta que pretende descriminalizar a pequena quantidade de droga, até o equivalente a cinco dias de consumo.

Nesse contexto, surge ampla discussão no meio jurídico, acadêmico e social a respeito da viabilidade de tal proposta no combate ao tráfico e consumo de drogas.

Ressalta-se, que legislação brasileira não pune o indivíduo que consome substância entorpecente, segundo o que dispõe o art. 28 da Lei n. 11343/2006, como já comentado. A lei criminaliza a detenção ou a manutenção para consumo próprio, e justamente esta detenção ou manutenção de pequena quantidade para satisfação pessoal (até o equivalente a cinco dias de consumo) que o Poder Público pretende descriminalizar.

Segundo Fernando Capez (2012, p. 1): “É temerária, do ponto de vista da eficácia no combate ao narcotráfico, a posição de descriminalizar a posse de pequena quantidade de droga”. E ainda intensifica seu posicionamento contrário:

As quadrilhas voltadas ao narcotráfico já têm a estratégia pronta e preparada: basta distribuir a quantidade permitida por lei por meio de pequenos traficantes, que atuarão como tentáculos da organização. Ao serem surpreendidos, presumir-se-á que eles são usuários e não mercados de drogas, não respondendo por crime algum. Uma cautela a mais dos chefes das quadrilhas: é melhor recrutar pessoas ainda sem antecedentes criminais para trabalhar com o tráfico, a fim de que pareçam mesmo, “inocentes” usuários e não microtraficantes. Será uma grande vitória

do tráfico de drogas. Os traficantes agora, só esperam que esse sonho de impunidade vire realidade.

Em correspondente concordância com posicionamento de Fernando Capez, não devemos esquecer-nos do poder de influência em que exerce o Direito Penal na sociedade brasileira. Assim, deixando de ser considerado crime a posse de droga para consumo próprio, muitos indivíduos sentirão a vontade para experimentar a substância entorpecente, aumentando consequentemente o número de usuários. (CAPEZ, 2012, p. 1).

Ademais, o argumento de que traz o Poder Público de que o “usuário deve ser tratado e não apenado” não condiz com que dispõe a atual Lei de Drogas, já que a mesma não dispõe nenhuma pena privativa de liberdade a quem possui droga para consumo pessoal, como já abordado.

Além do que, a questão da descriminalização ou não da posse de drogas não envolve somente a saúde do usuário, mais sim, toda a saúde e segurança pública. Já que quanto maior o número de usuários, maiores serão os gastos com tratamento de dependentes, maiores serão os crimes para financiar o vício e maior será o poder das organizações criminosas.

Aliás, não seria um tanto contraditório permitir o uso de substância e proibir o seu comércio?

Em que pese posicionamentos contrários, e a boa intenção do Poder Público, a descriminalização do porte de droga para consumo próprio, não resolve o problema do usuário, nem elimina o narcotráfico no país.

CONCLUSÃO

Temos que na busca de alternativas para o combate ao consumo de drogas e ao narcotráfico no país, inúmeras soluções são propostas, como o fortalecimento educacional da sociedade, a instauração de uma política nacional e internacional de combate e repressão mais rígida, porém, nem todas tidas como viáveis.

A descriminalização da posse de droga para consumo pessoal surge como uma dessas polêmicas soluções, causando discussões em várias esferas da sociedade.

Ocorre, ao contrário do que pregam os defensores da descriminalização, a mesma vai além da saúde do usuário, atinge toda a saúde e segurança pública.

Por todos esses motivos, conclui-se que a descriminalização da posse de droga para uso pessoal surtirá efeito contrário ao pretendido pelo Poder Público, isto é, restará o incentivo ao uso de entorpecentes e o fortalecimento do narcotráfico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Ricardo. **Comissão quer descriminalizar drogas para uso pessoal.** Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/29/comissao-quer-des...>>. Acesso em: 13 de jun. de 2012.

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

_____. **Legislação especial simplificado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Impossibilidade da legalização da maconha**. Disponível em:
<<http://www.jusdireito.com.br/index.php?pg=noticia&id=73>>. Acesso em: 13 de jun. de 2012.

_____. **Impunidade ao usuário ou ao traficante?** Disponível em:
<http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=6079>. Acesso em: 13 de jun. de 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal 1: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio et al. **Lei de drogas comentada artigo por artigo**: lei 11343/2006, de 23.08.2006. Luiz Flávio Gomes (coordenação). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção sinopses jurídicas, v. 24).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.