

**FACULDADE DE DIREITO DE VITORIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAROLINE SOUZA SCETTINO

**A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS
NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: DESDOBRAMENTOS
ANTE APLICAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

VITÓRIA
2018

CAROLINE SOUZA SCETTINO

**A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS
NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: DESDOBRAMENTOS
ANTE APLICAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito de Vitória – FDV como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.
Orientador: Prof^o. Me. Felipe Teixeira Schwan

VITÓRIA

2018

RESUMO

O presente trabalho busca verificar, em um primeiro momento, os caminhos que levaram à promulgação da Lei 11.343/06 e suas inovações em relação as condutas imputadas ao usuário de drogas ilícitas, empenhando-se em identificar a natureza jurídica desses atos perante o ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, examina seus desdobramentos no processo penal e todas as divergências encontradas para a correta aplicação das supostas sanções existentes no artigo 28 da lei 11.343/06. E por fim, analisa quais as consequências de manter o caráter criminoso de portar e drogas ilícitas para consumo próprio na realidade brasileira.

Palavras-chave: Criminalização. Drogas ilícitas. Lei 11.343/06. Entorpecente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 O USUÁRIO NA ATUAL LEI DE DROGAS ILÍCITAS	06
1.1 A POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS AO USUÁRIO NA LEI 11.343/2006	09
1.2 A NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006	11
2 OS DESDOBRAMENTOS DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	16
2.1 A TRANSAÇÃO PENAL	16
2.2 A REINCIDÊNCIA PENAL	19
2.3 PRISÃO EM FLAGRANTE	22
3 AS CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 NA SOCIEDADE BRASILEIRA	25
3.1 A INSUSTENTABILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS ILÍCITAS PERANTE APLICAÇÃO DO PROCESSO PENAL NA REALIDADE BRASILEIRA	28
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar os resultados da (des)criminalização do uso de drogas ilícitas no Brasil e os desdobramentos diante aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 no processo penal brasileiro.

Para tanto, no primeiro capítulo trata da evolução histórica legislativa dessa criminalização até a criação da atual lei de drogas nº 11.343/06, que prevê uma nova política de redução de danos para com a figura do toxicodependente, com o objetivo de tratar esses casos como problema de saúde pública.

Dentro dessa ótica, analisa-se qual a classificação mais adequada da natureza jurídica da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06, que é dotada de controvérsia na doutrina, vez que essa discrepância implica diretamente nos desdobramentos da infração perante o processo penal.

Em um segundo momento serão apresentadas as divergências existentes no processo penal no tocante ao oferecimento do instituto da transação penal, da reincidência penal e a impossibilidade absoluta de cabimento de prisão em flagrante.

E no terceiro capítulo, iremos explorar as consequências dessa criminalização na realidade brasileira, faremos uma análise se houve sucesso ou não da atual política de enfrentamento às drogas no cumprimento de sua diretriz de proteção à saúde pública e política de redução de danos.

Na abordagem da pesquisa foi utilizado o método fenomenológico, através dos procedimentos de estudos teóricos, históricos e bibliográficos, vez que um dos escopos em questão é fundamentar as teses expostas, para que possuam cunho reflexivo e contextualizado. Nesse passo, observa-se que a natureza da pesquisa será o qualitativo bibliográfico, por se tratar de uma pesquisa que envolve análise de teses, artigos, leis e periódicos sobre o tema abordado.

Desta forma, a presente monografia tem o objetivo final de responder ao seguinte questionamento: Quais as implicações da criminalização da conduta do usuário de drogas perante seus desdobramentos no processo penal?

1 O USUÁRIO NA ATUAL LEI DE DROGAS ILÍCITAS

Muito se tem discutido, recentemente, acerca da criminalização da conduta do usuário de drogas ilícitas. Para isso, quando se fala da atual política sobre droga ilícita adotada no Brasil, é preciso analisar todo o contexto histórico, desde os primórdios da colonização, que seguiu a tendência internacional da política de repressão e combate às drogas ilícitas, como se deu com as Ordenações Filipinas de 1603, a qual previa sanção para quem utilizasse ou comercializasse qualquer tipo de substância tóxica.¹

Outro marco histórico foi a adesão do Brasil à Conferência Internacional do Ópio de 1912, mas o sistema punitivista brasileiro com relação às drogas deu-se mais ostensivamente a partir da década de 40, com o surgimento da *política proibicionista sistematizada*, e, posteriormente, com o ingresso definitivo do Brasil, no sistema internacional de combate às drogas, o que ocorreu durante a Ditadura Militar, com a promulgação da *Convenção Única sobre Entorpecente*, por meio do Decreto 54.216/64.²

Ainda durante o período militar, o diploma legal que passou a reger a política de drogas no Brasil foi a lei 6.368/76, que manteve o caráter punitivista e repreensivo em relação ao usuário de drogas ilícitas, vez que este era considerado criminoso, sendo a ele imputando pena de detenção.

Todavia, a lei 6.368/76 tornou-se superada com a introdução de novos conceitos e a necessidade de melhor regular todas as condutas relativas a drogas ilícitas no

¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei .343/06. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.59 e ss

² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei .343/06. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.59 e ss.

cenário brasileiro. Assim, a promulgação da lei 11.343/06 fez-se necessária em diversos aspectos, dentre eles para a introdução de medidas de prevenção e de diretrizes de tratamento especial a uma parcela vulnerável da população formada pelos usuários de entorpecentes.

Dessa maneira, a Lei 11.343/06 mais conhecida como Lei de Drogas, veio para organizar, sistematizar e abordar diretrizes acerca de um tema corriqueiro e importante para a sociedade que é o consumo, a venda e a regulamentação das substâncias entorpecentes no Brasil.

Em seu artigo 1º, o referido diploma normativo aborda o SISNARD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem como pretensão coordenar, organizar e compor toda a política de prevenção do uso de drogas, com foco na inserção social dos dependentes químicos, e na repressão ao tráfico e à produção ilegal de entorpecentes.

Sobre a prevenção ao uso indevido de drogas e a as diretrizes tomadas pelo SISNARD, Ricardo Rodrigues Gama³ faz uma relevante consideração:

Ao invés de estabelecer o foco sobre as pessoas usuárias, dependentes e traficantes, o legislador partiu para a conduta desenvolvida pelos transgressores, chamando a atenção para os fatores a serem combatidos. Há certa lógica, já que os programas antidrogas são voltados à conduta ilícita, atingindo o autor do delito. De início, vindo à punição como consequência pouco evidenciada.

Assim, a nova legislação sobre drogas veio abordar um tema de suma importância para a convivência em sociedade, haja vista ser inegável que os entorpecentes fazem parte da história da humanidade.

Dessa forma, cabe esclarecer, desde logo, qual o significado da palavra “droga” dentro do cenário jurídico brasileiro, e sobre o tema João José Leal⁴ discorre:

³ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas – Lei nº 11.343/2006**: comentada. – 1º Ed. Campinas: Russell. Editores, 2006. Pág 37.

⁴ LEAL, João José. **Política criminal e a Lei Nº 11.343/2006: Nova Lei de Drogas, novo conceito de substância causadora de dependência**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2915/Politica-criminal-e-a-Lei-No-11343-2006-Nova-Lei-de-Drogas-novo-conceito-de-substancia-causadora-de-dependencia>>. Acesso em: Agosto 2018.

Vale reiterar a afirmativa de que era necessário e válido o ajuste terminológico. O termo *drogas*, agora adotado, é mais claro e objetivo e menos suscetível de complicação, no que concerne à hermenêutica conceitual. Afinal, a antiga expressão *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica* não correspondia mais ao verdadeiro conceito medicocientífico, capaz de aglutinar todos os produtos e substâncias causadoras de dependência.

A palavra droga foi adicionada ao bojo da lei para que fosse determinante a temática das normas que ali estariam dispostas. Ficou então ajustada ao discurso internacional, vez que tal nomenclatura também é utilizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A lei 11.343/06, porém, não estabelece quais substâncias são, no ordenamento jurídico brasileiro consideradas como drogas ilícitas, sendo, por isso, suas normas classificadas como normas penais em branco, já que o preceito primário dos tipos penais nela definidos necessitam de um complemento para se tornarem aplicáveis, o qual, no caso, está previsto na portaria nº 344 de 1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Para melhor elucidação sobre o conceito de usuário na nova Lei de Drogas, vale transcrever o que dispõe o artigo 28 da lei 11.343/06⁵:

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

⁵ BRASIL. Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: out. 2018.

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.

Assim, observa-se que o tratamento dado pelo legislador no que concerne ao usuário de drogas ilícitas é bem diferente ao que era dado anteriormente, haja vista que até 2006, ele era punido com pena de detenção, permitindo concluir que a opção escolhida foi a menos gravosa.

A partir desse contexto, passa-se a explorar a política adotada pela lei 11.343/06, que visa reduzir os danos causados pela droga, seja no meio jurídico ou em sociedade, diante de um problema tão próximo e evidente a toda coletividade.

1.1 A POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS AO USUÁRIO NA LEI 11.343/2006

A política de redução de danos é voltada ao fenômeno das drogas e visa minimizar os danos sociais e à saúde dos usuários e dependentes de substâncias

entorpecentes ilícitas, mas sem necessariamente reduzir o consumo, visando a liberdade individual, conforme asseveram Machado e Boarini⁶

[...] a estratégia de redução de danos pode ser definida como mais uma maneira de se abordar o usuário de drogas, descentrando o foco do problema da erradicação e da abstinência e privilegiando o direito à saúde de todos e o respeito à liberdade individual daquele que não deseja ou não consegue interromper o uso da droga.

Vale lembrar que existe uma sucinta distinção entre o usuário de drogas e o dependente químico. O primeiro refere-se àquele que faz uso da substância química de forma recreativa e esporádica, de modo que a droga não interfere em seu cotidiano. Enquanto o segundo refere-se ao indivíduo que quando tem o uso interrompido pode apresentar estado de abstinência, além das consequências sociais nefastas, visto que muitas vezes abandonam empregos, família e amigos, interferindo o vício efetivamente em sua vida pessoal e cotidiana.⁷

A lei 11.343/06 trouxe consigo a política de redução de danos quando comparada à antiga lei 6.368/1976, na medida em que está mais preocupada em reduzir os prejuízos causados pela droga no tocante ao usuário e ao dependente.

Porém, quando a temática se volta para a produção e ao tráfico de drogas, o sistema adotado é o de repressão, com ideologias punitivistas, seguindo a mesma linha de raciocínio utilizada pela antiga Lei 6.368/76, vez que continuou punindo o tráfico de drogas com penas altas e severas.

Esse modelo de redução de danos é originalmente europeu, sendo adotado como uma tendência político-criminal em diversos países, como afirma Luiz Flávio Gomes⁸:

⁶ MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. **Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos.** 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006&lng=pt&tlng=pt> Acesso em: out/2018.

⁷ VIVIANI, Luciana. **DIFERENÇAS ENTRE USUÁRIOS RECREATIVOS DE DROGAS E DEPENDENTES QUÍMICOS.** Disponível em: <https://lucianaviviani.wordpress.com/2011/12/26/diferencas-entre-usuarios-recreativos-de-drogas-e-dependentes-quimicos/>. Acesso em: Agosto 2018

⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada.** 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

A “redução de danos” causados aos usuários e a terceiros (entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica, etc.) seria o correto enfoque para o problema. Esse mesmo modelo, de outro lado, propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle (“regulamentação”) e educacional; droga é problema de saúde privada e pública.

Dessa maneira, a política de redução de danos, aplicada ao usuário e ao dependente químico no Brasil, estabelece também garantias à prevenção ao uso, visto que instituiu o SISNAD, como dito anteriormente, que tem a pretensão de reinserir esses indivíduos à sociedade, além de tratar do tema como questão de saúde pública e não mais como um problema a ser tratado pelo Direito Penal.

Assim, a política de redução de danos deve ser adota em consonância com o direito penal na forma de *ultima ratio* com a finalidade de proteção de bens jurídicos relevantes, com a observância dos princípios penais da intervenção mínima, da fragmentariedade e da ofensividade, os quais buscam minimizar os efeitos jurídicos em condutas tidas como de cunho pessoal, principalmente se as sanções impostas são relativamente brandas, como é o caso do artigo 28 da lei 11.343/06.

Pelas novas implicações trazidas pela lei 11.343/06, cabe refletir sobre qual seria a natureza jurídica do seu artigo 28, sendo que a doutrina e a jurisprudência têm opiniões completamente controvertidas acerca da temática.

1.2 A NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Como sabido, os crimes cometidos no Brasil podem ser punidos com penas privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa, como delimita o artigo 32 do Código Penal Brasileiro. “Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.”.

Portanto, as penas previstas no preceito secundário do artigo 28 da Lei 11.343/06 não retratam nenhuma das sanções impostas às demais condutas tipificadas como

crimes, já que não se encaixam em qualquer dos incisos do artigo 32 do Código Penal supracitado. Veja-se:

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.

Do mesmo modo, também encontra desconformidade com a Lei de Introdução ao Código Penal, a qual, em seu artigo primeiro⁹, afirma:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina **pena de reclusão ou de detenção**, quer **isoladamente**, quer **alternativa** ou **cumulativamente** com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (*grifos nossos*)

Logo, segundo Luiz Flávio Gomes¹⁰, a posse de droga para consumo deixou de ser “crime”, quando analisado do ponto de vista formal, vez que as sanções impostas ao usuário não mais atendem às diretrizes do referido artigo primeiro.

Faz-se necessário, então, para melhor entendimento do que aconteceu com o usuário de drogas a partir da lei 11.343/06, analisar a natureza jurídica de tal conduta, principalmente no tocante a sua classificação ou não como crime.

Dessa maneira, a presente monografia busca identificar a mais correta classificação da natureza jurídica quando se fala na posse de drogas para uso pessoal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, após a introdução da nova Lei de Drogas.

O tratamento dispensado ao usuário pelo artigo 28 da lei 11.343/06, fez com que surgisse uma série de especulações para definir se tal conduta foi descriminalizada,

⁹ Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941).

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

se ocorreu apenas a despenalização ou, como defende alguns doutrinadores, se deve ser considerado um crime *sui generis*.

Descriminalizar significa retirar o caráter criminoso imputado a certas condutas, de modo que um fato que anteriormente era tipificado como delito deixa de ter as características de crime. Já a despenalização mantém a natureza penal do fato, mas ele não é punível com pena de prisão, como sustenta Paulo Queiroz¹¹:

Descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante. Já a despenalização é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito etc.). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa.

Portanto, despenalização é diferente da legalização, que é a retirada de todo e qualquer tipo de sanção para determinada conduta. A ação perante a legislação penal torna-se atípica, deixando de constituir um ilícito, e passando a ser regulamentada. Exemplo disso é a venda de bebida alcoólica para maiores de 18 anos, que, atualmente, é legalizada no Brasil, pois se tem normas para sua venda e consumo.

Douglas Hirai¹² expõe três teorias a respeito da natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/06: a primeira defende que não houve *abolitio criminis*, mas sim um processo de despenalização. A segunda teoria, afirma que o artigo 28 da lei 11.343/06 seria um caso único de classificação de crime *sui generis*, que será conceituado adiante. E a terceira teoria afirma que houve uma descriminalização substancial do tipo penal. Além desses três entendimentos defendidos, há também doutrinadores, como Salo de Carvalho¹³, que sustenta a inconstitucionalidade do artigo, baseando-se que a criminalização da conduta fere princípios constitucionais.

¹¹ 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: Maio 2018.

¹² HIRAI, Douglas Yoshio. **A polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da nova lei de drogas**. UNITOLEDO/São Paulo: Revista Eletrônica, 2006. Disponível em: <intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/2371/1798>. Acesso em: Maio 2018.

¹³ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n. 343/06. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Dentro dessa ótica, crime *sui generis* é aquele que não recebe nenhuma das penas previstas para contravenções penais ou para delitos. Assim, há doutrinadores que sustentam que a conduta tipificada no artigo 28 da lei de drogas seria o único caso em todo ordenamento jurídico brasileiro que teria desse tipo de classificação. Como defende Luiz Flávio Gomes¹⁴:

A Lei 11.343/2006 (art. 28) aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao Direito). Houve, portanto, descriminalização "formal", mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). Cuida-se, ademais, de fato que não foi retirado do âmbito do Direito penal.

Portanto, essa classificação de crime "*sui generis*" considera a conduta em estudo como sendo uma terceira categoria que não pode ser confundida com crime ou com contravenção penal, por mais que tenha algum tipo de sanção.

Em defesa do mesmo entendimento, Gomes e Sanches¹⁵, asseveram o seguinte:

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***. [...] 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*. (*grifos próprios*)

Assim, trazem no bojo de seus dizeres argumentos que definem o artigo 28 da lei 11.343/2006 como um tipo de infração que se difere das demais, não podendo imputar ao usuário pena de detenção ou qualquer outra que destoe das cominadas no referido artigo.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33969,11049-Nova+lei+de+drogas+descriminalizacao+da+posse+de+drogas+para+consumo>>. Acesso em: Out. 2018

¹⁵ 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/16,MI34439,41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>>. Acesso em: Set. 2018

Por sua vez, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal¹⁶, vem se inclinando pela despenalização, conforme revela o precedente que segue a título exemplificativo:

EMENTA:

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. (*grifos próprios*)

Percebe-se, portanto, que há diversas teorias e entendimentos quanto à classificação da natureza jurídica do artigo 28 da lei 11.343/06, sendo necessário que sejam esmiuçadas suas características para se utilizar a melhor classificação possível. A fim de analisar seus desdobramentos no processo penal brasileiro, o que se passa a considerar adiante.

¹⁶ Rec. Especial n. 872.153-MG, rel. Min. Laurita Vaz, 26.06.2007; Apel. Crim. n. 70019678473, 2ª. C.Cr.TJRS, Des. Sylvio Baptista Neto, 30.10.2007; Rec. Crim. n. 71001495548, Turma Recursal Criminal/RS, 26.11.2007.

2 OS DESDOBRAMENTOS DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A prática de qualquer das condutas descritas no *caput* do artigo 28 da lei 11.343/06, deve ser submetida ao rito previsto na lei 9.099/95, a qual rege os Juizados Especiais cível e criminal.

Sobre o tema, Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁷ discorre:

Na transição entre um velho modelo repressivo e a nova perspectiva terapêutica para o tratamento dado pela lei penal aos usuários e dependentes de drogas, a Lei 11.343/06 prevê em seu artigo 28 penas não privativas de liberdade. Coerentemente com o necessário matiz consensual que deve nortear a aplicação de penas dessa natureza, adotou a legislação sob comento o procedimento da Lei 9.099/95 para os casos de infração ao artigo 28 (artigo 48, § 1º, da Lei 11.343/06).

Com isso, diversos desdobramentos podem decorrer da aplicação do procedimento sumaríssimo para as condutas prescritas no artigo 28 da lei 11.343/06, como a possibilidade de aplicação do instituto da transação penal, sem falar das repercussões sobre a reincidência penal e a (im) possibilidade de prisão em flagrante.

2.1 A TRANSAÇÃO PENAL

Conforme disposto no artigo 76 da lei 9.099/95¹⁸, as infrações consideradas como de menor potencial ofensivo, que são aquelas definidas como contravenções penais

¹⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Artigo 28 da lei 11.343/06: uma transação inconstitucional?** Disponível em:< <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937316/artigo-28-da-lei-11343-06-uma-transacao-inconstitucional> >. Acesso em: Out. 2018

ou crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, serão passíveis de transação penal. Vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Luiz Antônio Francisco Pinto¹⁹, ao dispor sobre o instituto da transação penal, assevera:

Desse modo, antes de oferecida uma queixa-crime (pelo particular) ou denúncia (pelo Ministério Público), é garantido ao suposto infrator a oportunidade de lhe ser aplicada de imediato pena não privativa de liberdade (art. 72 e 76, Lei n. 9.099/95), o que lhe livra de responder a uma ação penal e, sem admitir culpa, cumpre penas alternativas, tais como prestação de serviços à comunidade, pagamento de determinado valor para instituição de caridade, entre outras.

A transação penal é uma medida despenalizadora que pode ser oferecida, portanto, com a finalidade de evitar o início da ação penal, sendo que se aceita, o agente fica impossibilitado de ter o oferecimento do instituto da transação penal novamente pelo tempo de cinco anos, já que esse é um dos requisitos para que possa haver a proposta desse benefício, nos termos do referido artigo 76 da lei 9.099/95.

Luiz Flávio Gomes²⁰, todavia sustenta que a pena alternativa decorrente da transação penal deve ser aplicada com diferenciação quando se trata da conduta do artigo 28 da lei 11.343/06, nos seguintes dizeres:

A transação penal (nos juizados) deve versar sobre as penas alternativas do art. 28 e sua duração não pode passar de cinco meses. Essa pena alternativa transacionada não vale para antecedentes nem para reincidência (por força da Lei 9.099/1995, art. 76). Normalmente a transação penal impede outra no lapso de cinco anos. **Em relação ao usuário isso não acontece quando ele reincide na conduta relacionada com a posse de droga para consumo pessoal**, ou seja, **o usuário pode fazer várias transações penais, dentro ou fora desse lapso temporal** (em razão do consumo de droga). *(grifos próprios)*

¹⁸ BRASIL. Lei nº. 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: set. 2018.

¹⁹ FRANCISCO, Luiz Antônio. **O que é Transação Penal?**. Disponível em: <<https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/148612891/o-que-e-transacao-penal>> Acesso em: Outubro de 2018.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Usuário de drogas: transação, descumprimento, reincidência e sentença condenatória**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34424,61044-Usuario+de+drogas+transacao+descumprimento+reincidencia+e+sentenca>>. Acesso em: Out. 2018

A partir dessa análise, observa-se a possibilidade de um tratamento diferenciado quando há o cometimento da infração por parte do usuário de drogas, sendo que Gomes corrobora com a tese de poder ser proposta a transação penal quantas vezes forem cometidas a conduta ilícita descrita no artigo 28 da lei 11.343/06.

Eduardo Luiz Santos Cabette²¹ perfilha o mesmo posicionamento sobre a possibilidade de o usuário ser beneficiado com mais de uma transação penal ainda que dentro do lapso temporal de cinco anos legalmente prescrito. Transcreve-se:

[...] restou apenas à questão da incompatibilidade da disciplina do artigo 28 da Lei 11.343/06 com o regramento estabelecido no artigo 76, § 2º, II, da Lei 9099/95. Eis aqui o que parece ser o verdadeiro desate do nó górdio da questão, a conferir razão à conclusão doutrinária anteriormente mencionada.

O fundamento do impedimento de transações penais sucessivas, estabelecendo-se um lapso temporal legal de cinco anos, encontra-se no intento de evitar a sensação de impunidade, mediante a constatação de que as penas privativas de liberdade estampadas nos preceitos secundários dos tipos penais não passariam de formalidades, símbolos estéreis jamais aplicados na prática.

[...] conclui-se que realmente o impedimento de nova transação penal por cinco anos após um primeiro acordo, não se aplica aos casos do artigo 28 da Lei 11.343/06, por tratar-se de disposição incompatível com sua natureza e disciplina e considerando os próprios princípios reitores da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Essa discrepância de aplicação em relação ao usuário reforça a percepção de que a conduta é tratada de forma diferenciada pelos operadores do direito, por razão do desconhecimento da classificação adequada da infração descrita no artigo 28 da lei 11.343/06.

Contudo, mesmo quando há o descumprimento da proposta por parte do agente, há quem defenda, como Cabette e Gomes, a possibilidade de oferecimento de uma nova transação penal com a finalidade de dar outra oportunidade ao usuário de não ter o prosseguimento da ação penal.

Por fim, também há a possibilidade de o agente não aceitar a transação, teria assim o oferecimento da denúncia ou queixa e, em um primeiro momento, se tentaria a

²¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Posse de Drogas para Consumo Pessoal: novas regras para a transação penal.** Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/173947842/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal-novas-regras-para-a-transacao-penal>>. Acesso em: Out. 2018

suspensão condicional do processo, já que o artigo 28 da lei 11.343/06 atende as exigências legais para sua aplicação. E se mesmo assim não houver aceite pela parte, a ação penal seguirá o rito sumaríssimo, tendo em caso de condenação, uma pena imposta, podendo gerar todos efeitos penais.²²

Logo, o instituto da transação penal, quando aplicado ao infrator do artigo 28 da lei 11.343/06, difere dos demais crimes que também são considerados de menor potencial ofensivo, haja vista que jamais o usuário de drogas ilícitas terá a pena de prisão, de modo que as sanções a serem aplicadas serão sempre ínfimas.

2.2 A REINCIDÊNCIA PENAL

A reincidência penal ocorre quando um infrator que já tenha condenação transitada em julgado pela prática de um crime e venha a delinquir novamente. Logo, reincidente é quem, após uma condenação definitiva, volta a praticar qualquer delito tipificado na legislação penal vigente. É o que dispõe o artigo 63 do Código Penal²³: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”.

A primeira reincidência a ser analisada é aquela contida no parágrafo 4º do artigo 28 da lei 11.343/06, que é a denominada específica. Vejamos:

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: [...]

§ 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.

²² GOMES, Luiz Flávio. **Usuário de drogas: transação, descumprimento, reincidência e sentença condenatória.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34424,61044-Usuario+de+drogas+transacao+descumprimento+reincidencia+e+sentenca>>. Acesso em: Out. 2018

²³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

O parágrafo 4º trata do usuário que já tenha condenação pela infração disposta no artigo 28 da lei 11.343/06 ou que já tenha aceitado a transação penal e/ou a suspensão condicional do processo em momento anterior,²⁴ como destaca Gomes²⁵ sobre o assunto:

O sujeito previamente condenado definitivamente pelo art. 28 (ou pelo art. 16 da lei 6.368/76), ou aceitou transação penal por esse fato, e depois vem a praticar alguma conduta contemplada no mesmo art. 28 da nova Lei. Ou seja: trata-se de um “usuário” reincidente. Para ele as penas do art. 28 serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses.

[...]

O usuário (que tem a posse da droga para consumo pessoal) quando surpreendido pela primeira vez (mesmo que condenado antes por outros crimes: roubo, furto, etc.) cumprirá no máximo cinco meses de pena. Sendo reincidente específico nessa infração, sua sanção poderá chegar a dez meses.

A delimitação dessa condição de reincidência para os usuários se dá, portanto, apenas para definir a sanção que a eles será imposta, já que se constatada a reincidência específica, a pena máxima será diversa da disposta no *caput* do artigo. Por mais que haja a *multirecidência*²⁶, (quando o usuário é reincidente diversas vezes na infração do art. 28 da lei 11343/06) o tempo máximo da aplicação das sanções previstas não ultrapassará o marco máximo de 10 (dez) meses.

Outra questão importante é identificar se a condenação penal definitiva do usuário deve ser contemplada para configurá-la como reincidente, no caso de praticar nova infração.

Flávia Ortega²⁷ registra:

Portanto, se uma pessoa é condenada, com trânsito em julgado, pelo delito de porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006) e depois pratica outro delito, ele será considerado reincidente na dosimetria desse segundo crime, pois a condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006) transitada em julgado gera

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 142 e ss.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 163 e 164.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

²⁷ ORTEGA, Flávia Teixeira. **A condenação por porte de drogas para consumo próprio gera reincidência?**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/329054355/a-condenacao-por-porte-de-drogas-para-consumo-proprio-gera-reincidencia>>. Acesso em: Out. 2018

reincidência. Isso porque a referida conduta continua sendo crime, tendo sido apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis).

Até o ano de 2017, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁸ seguia no mesmo sentido:

A conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06 conta para efeitos de reincidência, de acordo com o entendimento desta Quinta Turma no sentido de que, “revela-se adequada a incidência da agravante da reincidência em razão de condenação anterior por uso de droga, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, pois a jurisprudência desta Corte Superior, acompanhando o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, entende que não houve abolitio criminis com o advento da Lei n. 11.343/06, mas mera “despenalização” da conduta de porte de drogas. (HC 314594/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/3/2016)” (HC 354.997/SP, j. 28/03/2017).

Todavia, tal posicionamento encontra-se superado, pois o mesmo Tribunal Superior, em decisões recentes, segue o entendimento de que a mera posse de drogas para consumo próprio não é capaz de gerar reincidência do agente, como defendeu a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto no Recurso Especial (REsp 1.672.654/SP, j. 21/08/2018)²⁹:

Se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com ‘advertência sobre os efeitos das drogas’, ‘prestação de serviços à comunidade’ e ‘medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo’, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

Assim, ainda que a conduta tipificada no artigo 28 da lei 11.343/06 tenha caráter criminoso, imputar ao agente a reincidência pelo cometimento anterior dessa infração fere diretamente o princípio da proporcionalidade, pois se não há a previsão da pena de prisão, seria conferir ao agente pena maior a aquela que receberia caso fosse condenado a cumprir alguma das penas impostas pelo artigo 28 da Lei de Drogas, vez que esta jamais poderá gerar pena privativa de liberdade.

²⁸ HC 354.997/SP, j. 28/03/2017. Rel. Min. **FELIX FISCHER**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/448442330/habeas-corpus-hc-354997-sp-2016-0112617-6/relatorio-e-voto-448442365?ref=juris-tabs>>. Acesso em out. 2018.

²⁹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.672.654 - SP (2017/0122665-7). **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nao-reincidente-reu-condenado-porte.pdf>>. Acesso em out. 2018.

2.3 PRISÃO EM FLAGRANTE

Segundo Renato Brasileiro de Lima³⁰:

A expressão “flagrante” deriva do latim “flagrare” (queimar), e “flagrans”, “flagrantis” (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, **flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo**, autorizando-se a **prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime**. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade. (*grifos próprios*)

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar³¹, a prisão em flagrante seria:

[...] É uma **medida restritiva de liberdade**, de **natureza cautelar** e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). **Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor**, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. (*grifos próprios*)

Ocorre que com relação ao usuário de drogas ilícitas que se encontra em estado de flagrância, ou seja, é abordado no momento em que faz uso da substância ilícita o procedimento a ser tomado é totalmente diverso daquele aplicado a maioria das condutas tipificadas pela legislação penal brasileira.

Explicita Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho³² que os procedimentos adotados devem ser os seguintes:

- a) se houver Juízo, conduzi-lo coercitivamente para que a Secretaria do Juizado elabore o Termo Circunstanciado;
- b) na falta do Juízo, abrem-se-lhe duas possibilidades: b1) elaborar o termo circunstanciado no local dos fatos ou b2) encaminhar o agente para a

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011 p.177

³¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 530

³² MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editor Método, 2007, p. 201.

Delegacia de Polícia, na qual será lavrado termo circunstanciado ou auto de prisão em flagrante, caso o Delegado entenda tratar-se ou não de usuário.

Percebe-se, pois, que não há a possibilidade de prisão em flagrante pela conduta caracterizada no artigo 28 da lei 11.343/06. É entendido na doutrina que o usuário nunca poderá ter o cerceamento da sua liberdade pela prática dessa ação, como aduz Roberto Mendes de Freitas Júnior³³:

A vedação da prisão em flagrante é absoluta, não estando condicionada à aceitação do agente em cooperar com a Justiça. **Não será possível a prisão em flagrante, assim, nem mesmo se houver recusa do agente em comparecer em juízo.** Óbvio, contudo, que caso o agente pratique o crime previsto no art. 28, em concurso com qualquer conduta dentre aquelas previstas nos arts. 33 a 37, caberá a sua prisão em flagrante, prosseguindo-se o feito nos termos do disposto no art. 50 e seguintes da nova lei.

Mesmo com a recusa do agente em assinar o termo circunstanciado ou de comparecer em juízo, ele não poderá ter decretada sua prisão. Deve ser conduzido preferencialmente à autoridade judicial competente para que possa lhe ser apresentada a proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo.

Essa conduta adotada pela autoridade policial está em consonância com o que dispõe a lei 11.343/06 e sua política de redução de danos, haja vista que, como dito anteriormente, a conduta do artigo 28 da atual lei de drogas é tratada como caso de saúde pública ao reconhecer o toxicodependente como um indivíduo que carece de tratamento ambulatorial e não de punição.

Assim, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho³⁴ destacam que:

A finalidade do legislador era afastar ao máximo o usuário das Delegacias de Polícia, evitando-se estigmatizá-lo. Esta concepção se enquadraria dentro do espírito que permeia toda a Lei de Drogas, de separar

³³ FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Drogas: Comentários à Lei N. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, 102.

³⁴ FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: Comentários à Lei N. 11.343, de 23.8.2006.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

rigidamente o usuário e o traficante, tratando-se de maneira totalmente diversa. Assim, apenas ao traficante se reservaria o espaço das Delegacias de Polícia.

Logo, temos que, para uma aplicação coerente do que dispõe a lei 11.343/06, que optou pela política de redução de danos para com o usuário e dependente de drogas ilícitas, eles devem ser tratados de forma diferenciada, a fim de não ser visto como criminoso, mas sim um indivíduo que na realidade carece de ajuda e amparo, seja por parte do Estado ou da sociedade, como, por exemplo, em forma de Organizações não Governamentais – ONG's, e o fato de não haver prisão para esses indivíduos é a garantia da melhor proteção dos direitos dessa parcela ainda criminalizada.

Para uma melhor explanação, passa-se a visualizar como essas exceções encontradas no processo penal em relação à conduta descrita no artigo 28 da lei 11.343/06 aplicam-se na realidade brasileira e como a atual criminalização é prejudicial ao Direito e ao usuário.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Ao observar o fenômeno das drogas pelo mundo, em um contexto contemporâneo, percebe-se que não se pode estabelecer, a partir de um olhar homogêneo, quais as causas e as finalidades que levam as pessoas, de forma regular ou esporádica, ao consumo de substâncias entorpecentes.³⁵

Examinar-se-á as consequências práticas da criminalização das condutas descritas no artigo 28 da lei 11.343/06, vez que sua aplicação na realidade brasileira é questionável, por haver exceções no processo penal, como apresentadas no capítulo anterior.

Dentro desta ótica, Carvalho³⁶ traz em sua obra passagem sobre o mito da criminalização do usuário de drogas ilícitas:

O direito penal crê ilusoriamente que **o processo criminalizador representa eficaz instrumento para o controle/erradicação do uso das drogas ilícitas**. Acredita, pois, que a criminalização impediria a propagação da dependência, possibilitaria a recuperação do adicto e a ressocialização dos envolvidos no comércio ilegal. Sua autoimagem reforça o mito no qual a criminalização das drogas atuaria como **(a) contramotivação** (coação psicológica), **(b) recuperando os dependentes** (prevenção especial) e **(c) impedindo-os que, em razão do vício, comentam delitos de outra natureza** (proliferação da violência). *(grifos próprios)*

Por conseguinte, ao explorar as consequências da criminalização do usuário e do dependente de drogas ilícitas, observa-se que a preocupação advém do nexo de que esse usuário seria potencialmente um criminoso, o que, por vezes não se sustenta, haja vista que, em sua maioria, eles são capazes de integrar a sociedade e o sistema produtivo. Nesse passo, em conformidade com Salo de Carvalho, a consequência imediata desse processo criminalizador é a diminuição da distância

³⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 343/06**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.235.

³⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 343/06**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.237

entre a realidade do fenômeno das drogas e a imagem que é reproduzida pelos agentes punitivistas.³⁷

Nesse âmbito, Joel Birman³⁸ também acredita que a criminalização do dependente e usuário de drogas acarreta mais danos do que benefícios:

Criminalização destes indivíduos impede a aproximação deles de forma produtiva, já que dessa maneira eles são inseridos em um círculo diabólico regulado por acusações e culpabilizações. Dessa maneira, não existe mais qualquer possibilidade de solução para seus impasses existenciais.

O custo da criminalização dessa conduta é sentido em diversas áreas da sociedade, um deles é o impacto na economia, vez que há mercado, o que influi diretamente na criminalidade, pois quando se proíbe o consumo, conseqüentemente proíbe-se a venda, gerando assim o tráfico de substâncias ilícitas.

Cabe nesse passo, sucintamente compreender quais as distinções entre o usuário de drogas ilícitas e a figura do traficante e suas implicações na prática penal. Para isso, faz-se uma breve análise criminológica dessa seletividade, vez que não é o objeto foco da presente monografia, apenas com a finalidade de dispor sobre a subjetividade encontrada pelo Delegado de Polícia e/ou juiz quanto à aplicação do artigo 28 ou 33 da lei 11.343/06.

No parágrafo segundo do artigo 28 da lei 11.343/06 é disposto quais são os elementos que devem ser utilizados para diferenciar as figuras do traficante e do usuário de drogas, quais sejam, o local da abordagem, a natureza da substância entorpecente, a quantidade de droga ilícita encontrada, as condições, circunstâncias sociais e pessoais, além da conduta e dos antecedentes do agente.

Observa-se que tais elementos são extremamente subjetivos, de modo que ficam submetidos à discricionariedade do agente penal. Nesse passo, Vera Malaguti Batista³⁹ conclui tal temática:

³⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 343/06**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.238 e ss.

³⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. pp. 222-223.

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a **diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos**, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, **permite-nos afirmar que o problema do sistema penal não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.** (*grifos próprios*)

Essa seletividade penal que é muito discutida no âmbito da criminologia, está, então diretamente relacionada à classe social do agente abordado com drogas ilícitas em seu poder, sendo, geralmente considerado como traficante aquele que detém menor poder aquisitivo, enquanto os ricos, mesmo que com grande quantidade de drogas ilícitas são enquadrados como usuários.

Por fim, como dito anteriormente, esse fenômeno estudado pela criminologia merece apreço e um aprofundamento para melhor compressão de suas causas e consequências. Esse adentro, no presente trabalho, serviu apenas para elucidar que a aplicação do artigo 28 da lei 11.343/06 favorece enormemente o usuário e que sua diferenciação, como vimos, é amplamente criticada e discutida pela doutrina criminalista.

Quando se explora a criminalização do usuário de drogas ilícitas, é preciso definir qual seria a classificação mais adequada da sua natureza jurídica, o que, como já explanado, é dotado de controvérsias. Passa-se então à análise final, após todo exposto na presente monografia, de qual classe melhor se encaixam as condutas descritas pelo artigo 28 da lei 11.343/06.

Nesse viés, cabe sustentar que, de fato, houve a despenalização das ações do artigo 28 da lei 11.343/06, vez que a resposta penal para quem incorre no artigo foi atenuada consideravelmente, pois deixou de ter pena de prisão em todas as hipóteses, mas manteve o caráter ilícito do fato, já que a modificação consistiu na adoção de penas alternativas e brandas.

Assim, pode-se concluir que é insustentável que a conduta descrita no artigo 28 da lei 11.343/06 continue tendo o caráter criminoso que ainda lhe é imputado, vez que

³⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134

apensar de controvertida a classificação da sua natureza jurídica, percebe-se que não deve ser regulada pela legislação penal.

3.1 A INSUSTENTABILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS ILÍCITAS ANTE A APLICAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O argumento utilizado pelo legislador para proibição do uso de entorpecentes é a égide da saúde pública, vez que o Estado tem o dever de zelar pelo bem-estar e pela saúde do usuário de drogas.

Porém, tal argumentação não se sustentada quando se olha para a realidade brasileira. Atualmente o Sistema Único de Saúde (SUS) é carente de serviços básicos para população que padecem de alguma enfermidade, quem dirá para os dependentes químicos que além de doentes, são vistos como criminosos pela sociedade, fruto do preconceito criado pela criminalização sistematizada da política de drogas que é adotada pelo Brasil, na qual há sanções extremamente brandas para os usuários, mas pouca ajuda na prática.

Além disso, é injustificável do ponto de vista da principiologia conformadora do direito penal atual que o Estado criminalize o uso de drogas com fundamento na saúde pública, vez que esse entendimento viola diversos princípios, como da lesividade, da intimidade e da privacidade.⁴⁰

Foi observado no estudo realizado por Salo de Carvalho⁴¹:

[...] os princípios da lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei .343/06. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei .343/06. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.261.

autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bens alheios, condições ou opções individuais.

Logo, é autorizado a concluir que a lei 11.343/06, em seu artigo 28, quando pune e criminaliza o usuário de drogas, o faz de maneira equivocada, vez que a conduta é totalmente individual, tratando-se de uma autolesão, que por óbvio, não violar direitos de terceiros.

De acordo com Carvalho⁴², conforme sustenta Luigi Ferrajoli⁴³, a partir do momento que se pune o consumo, pune-se o toxicodependente:

Punindo o consumo, se acaba inevitavelmente na punição dos toxicodependentes enquanto tal, isto é, de uma trágica e infeliz contradição pessoal de dependência e sofrimento que exclui em grande parte, nos casos extremos, a própria vontade da pessoa. [...] **O que é grave**, sob o ponto jurídico, **a punição de uma condição pessoal enquanto tal, a qual contradiz o clássico princípio do Estado Democrático de Direito**, aquele segundo o qual se pode ser punido apenas pelo que se faz e não pelo que se é, como se age e não pela própria identidade. (*tradução livre*) (apud CARVALHO, 2013, p. 262).

Temos, então, que o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da lei 11.343/06 é de cunho individual, punindo uma conduta que implica exclusivamente na vida privada do usuário.

Assim, proibir o uso de entorpecentes, o Estado tutela um direito particular em nome da coletividade, violando dessa forma a teoria adotada pela legislação penal brasileira relacionada ao direito penal do fato.

Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal vem julgando um caso em concreto (Recurso Especial nº 635.659)⁴⁴ sobre posse de drogas para consumo pessoal, com tendências a concretizar a descriminalização da conduta prevista no artigo 28 da lei 11.343/06. Em seu voto oral, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou:

⁴² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei .343/06. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Proibizionismo e Diritto**. In **Legalizzare la Droga: Una Ragionevole Proposta di Sperimentazione**. MANCONI, Luigi (curatore). Milano: Feltrinelli, s/d. p. 137.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Voto: Min. Luís Roberto Barroso. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.faculdadeages.com.br/faculdadeages/wp-content/uploads/2015/09/Leia-o-voto-do-ministro-Barroso-no-julgamento-das-drogas.pdf>>. Acesso em: Out. 2018.

É preciso não confundir moral com direito. Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área.

O referido recurso ainda não teve uma decisão final, mas o Ministro relator Gilmar Mendes e o Ministro Luís Roberto Barroso já se pronunciaram a favor de descriminalizar a conduta do artigo 28 da lei 11.343/06, devendo esse argumento ser o fim de uma criminalização que só traz prejuízo para a sociedade.

Os avanços trazidos pela política de redução de danos revolucionou a pena que era imposta ao usuário na lei 6.368/76, vez que retirou a possibilidade de prisão ao agente. Porém, a atual criminalização ainda fere princípios penais e direitos individuais baseados na falácia da saúde pública.

Em um futuro próximo, espera-se que o tabu entorno da temática das drogas ilícitas seja mais debatido entre crianças e jovens nas escolas, ou por meios que possam prevenir o uso de substância entorpecente, já que essa problemática se perdurará cabendo ao Estado proporcionar políticas de prevenção ao uso de drogas, para que possa ter efeitos favoráveis na sociedade.

Além da prevenção, cabe também ao Estado assegurar que aquele indivíduo que escolhe usar drogas ilícitas detenha direitos, respeitando os princípios constitucionais e as garantias individuais.

Os ganhos com a receita dessas drogas vendidas legalmente também poderiam ser colhidos e aproveitados em favor da sociedade, da prevenção ao uso de entorpecentes e para o tratamento adequado do dependente químico que deseja se livrar do vício.

Portanto enquanto houver discrepâncias em decorrência de dicotomia na classificação da natureza jurídica do artigo 28 da lei 11.343/06 na prática penal, será difícil reverter o quadro em que se encontra o Brasil, que ao criminalizar uma conduta que é classificada como crime e não tem pena de crime, só enraíza a figura

do usuário como um criminoso, sem lhe proporcionar um tratamento adequado, ao mesmo tempo em que usurpa seus direitos individuais.

CONCLUSÃO

No decorrer da história legislativa brasileira acerca das “drogas ilícitas”, é de fácil constatação que o país sempre esteve alinhado a política de repressão e combate às drogas adotada ao redor do mundo.

Todavia com o passar do tempo viu-se a necessidade de criar um diploma legal atualizado que pudesse trazer inovações pertinentes, sendo promulgada a Lei 11.343/06.

Essa lei prosseguiu com a criminalização da conduta do usuário de drogas, porém, houve uma despenalização, vez que não mais se pode falar na aplicação de alguma das penas descritas no artigo 32 do Código Penal.

Ao adotar a política de redução de danos, a lei 11.343/06 trouxe uma inovação na dogmática de tratamento para com o usuário de drogas ilícitas, mas que, na prática não ocorreu tantas mudanças, haja vista que os critérios para distinção entre o usuário e a figura do traficante são altamente subjetivos ampliando o campo discricionário dos agentes penais.

Esbarra-se assim, em discrepâncias na aplicação do processo penal quando há o cometimento da conduta descrita no artigo 28 da lei 11.343/06, vez que, os desdobramentos desiguais que analisamos são atinentes à possibilidade de haver o oferecimento do instituto da transação penal em um lapso temporal inferior a aquele disposto em lei, além, também de constatarmos que até 2017 a havia a aplicação da reincidência penal pela condenação transitada em julgado da conduta do artigo 28 da lei 11.343/06, mas constatou-se que se não há em hipótese alguma previsão de pena privativa de liberdade para essa infração, exacerbar a pena de um crime diverso com esse fundamento é desproporcional. E por fim, a impossibilidade total de prisão em flagrante para o usuário de drogas, mesmo com a recusa de assinar o termo circunstanciado.

Assim, os desdobramentos do cometimento da conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06 ante a aplicação do processo penal brasileiro detêm divergências pelo

desconhecimento da sua natureza jurídica, implicando diretamente em sanções brandas e mantendo o caráter criminoso de uma conduta que é ligada à moral e não ao direito penal propriamente.

Atualmente essas discrepâncias são favoráveis ao usuário de drogas ilícitas quando se compara com o tratamento que este recebia pela antiga lei, mas frente a alguns direitos que lhes são inerentes, como o direito à intimidade e privacidade, acabam por serem violados em detrimento de um bem-estar social que, como vimos ao longo do terceiro capítulo da presente monografia, não mais se sustenta nos dias atuais.

Enquanto continuarmos de olhos fechados para esse assunto pior será. O diálogo e a informação precisam ter vez, preconizar a prevenção ao uso e garantir que o indivíduo que escolhe fazer uso dessas substâncias, tenha seu direito privado respeitado, afinal de contas, as drogas não deixaram de fazer parte da sociedade, seja de forma lícita ou ilícita, cabe ao Estado asseverar isonomia na aplicação do Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134

BIRMAN, Joel. **Mal-Estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. pp. 222-223.

BRASIL. Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: out. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Posse de Drogas para Consumo Pessoal: novas regras para a transação penal**. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/173947842/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal-novas-regras-para-a-transacao-penal>>. Acesso em: Out. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Artigo 28 da lei 11.343/06: uma transação inconstitucional?** Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937316/artigo-28-da-lei-11343-06-uma-transacao-inconstitucional>>. Acesso em: Out. 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n.343/06**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Proibizionismo e Diritto**. In *Legalizzare la Droga: Una Ragionevole Proposta di Sperimentazione*. MANCONI, Luigi (curatore). Milano: Feltrinelli, s/d. p. 137

FRANCISCO, Luiz Antônio. **O que é Transação Penal?**. Disponível em: <<https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/148612891/o-que-e-transacao-penal>> Acesso em: Outubro de 2018.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: Comentários à Lei N. 11.343, de 23.8.2006**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 102.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas – Lei nº 11.343/2006: Comentada**. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2006, p. 18.

GOMES, Luiz Flávio. **Usuário de drogas: transação, descumprimento, reincidência e sentença condenatória**. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34424,61044-Usuario+de+drogas+transacao+descumprimento+reincidencia+e+sentenca>>.
Acesso em: Out. 2018

GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio (Coord). **Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

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/16,MI34439,41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>>
Acesso em: Set. 2018

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33969,11049-Nova+lei+de+drogas+descriminalizacao+da+posse+de+drogas+para+consumo>>.
Acesso em: Out. 2018.

HC 354.997/SP, j. 28/03/2017. Rel. Min. **FELIX FISCHER**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/448442330/habeas-corpus-hc-354997-sp-2016-0112617-6/relatorio-e-voto-448442365?ref=juris-tabs>>. Acesso em out. 2018.

HIRAI, Douglas Yoshio. **A polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da nova lei de drogas.** UNITOLEDO/São Paulo: Revista Eletrônica, 2006. Disponível em: <intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/2371/179>.
Acesso em: jul. 2018.

LEAL, João José. **Política criminal e a Lei Nº 11.343/2006: Nova Lei de Drogas, novo conceito de substância causadora de dependência.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2915/Politica-criminal-e-a-Lei-No-11343-2006-Nova-Lei-de-Drogas-novo-conceito-de-substancia-causadora-de-dependencia>>. Acesso em: Agosto 2018.

Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática.** Niterói: Impetus, 2011 p.177

MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: **a estratégia de redução de danos.** 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932013000300006&lng=pt&tlng=pt> Acesso em: out/2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Método, 2007, 201.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **A condenação por porte de drogas para consumo próprio gera reincidência?** Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/329054355/a-condenacao-por-porte-de-drogas-para-consumo-proprio-gera-reincidencia>>. Acesso em: Out. 2018.

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: Maio 2018.

Rec. Especial n. 872.153-MG, rel. Min. Laurita Vaz, 26.06.2007; Apel. Crim. n. 70019678473, 2ª. C.Cr.TJRS, Des. Sylvio Baptista Neto, 30.10.2007; Rec. Crim. n. 71001495548, Turma Recursal Criminal/RS, 26.11.2007.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.672.654 - SP (2017/0122665-7). **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nao-reincidente-reu-condenado-porte.pdf>>. Acesso em out. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Voto: Min. Luís Roberto Barroso. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.faculdadeages.com.br/faculdadeages/wp-content/uploads/2015/09/Leia-o-voto-do-ministro-Barroso-no-julgamento-das-drogas.pdf>>. Acesso em: Out. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 530.

VIVIANI, Luciana. **DIFERENÇAS ENTRE USUÁRIOS RECREATIVOS DE DROGAS E DEPENDENTES QUÍMICOS**. Disponível em: <<https://lucianaviviani.wordpress.com/2011/12/26/diferencas-entre-usuarios-recreativos-de-drogas-e-dependentes-quimicos/>>. Acesso em: Agosto 2018.