

Aspectos Jurídicos do Artigo 28 da Lei 11.343 2006 Consumo Pessoal e Tráfico

Alessandra Bonifácio Araújo^{1*}, Bianca Ferreira De Souza¹, Felipe Campos De Astre¹, Júlia Fernanda Sena Araújo¹, Lucas Kosaka Alcantara¹, Luíza Tomasi Nogueira¹, Claudenir da Silva Rabelo².

¹ Acadêmica do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: alee.boni.ara@gmail.com

¹ Acadêmica do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: ferreirabianca093@gmail.com

¹ Acadêmico do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: felipeastre@bol.com.br

¹ Acadêmica do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: juliafernanda1805@gmail.com

¹ Acadêmico do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: lucaskosaka@hotmail.com

¹ Acadêmica do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: luiza-tomasi@hotmail.com

² Curso de Direito. Professor do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná, -UniSL, Ji-Paraná –RO, Brasil. E-mail: claudenir.rabelo@saolucasjiparana.edu.br

1. Introdução

A primeira normatização relativa à criminalização de drogas no ordenamento brasileiro ocorreu em 1921 com o decreto 4.294 de 1921, composto por 13 artigos que previa penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados. Desde então muitas alterações legislativas ocorreram sobre o assunto, tendo-se atualmente a Lei nº 11.343/2006 de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

Em que pese as atualizações e novas concepções a respeito das drogas nos dias de hoje há alguns pontos que desencadeiam discussões doutrinárias, sendo um desses, a questão da posse de drogas para consumo pessoal, prevista no artigo 28 da referida Lei de Drogas, a grande polêmica inclina-se a debater sobre a descriminalização ou criminalização da conduta prevista na referida lei.

Deste modo, pretende-se expor, os aspectos jurídicos que permeiam o artigo 28 da Lei de Drogas, a fim de elucidar a polêmica questão da criminalização ou descriminalização da posse para consumo pessoal, abordando para tanto além do enfoque legal, aspectos relevantes socialmente sobre o tema, como o impacto da interpretação da referida lei para a sociedade no que diz respeito ao encarceramento para assim compreendermos o impacto desta temática.

2. Materiais e métodos

No presente trabalho recorreu-se ao método dedutivo, tendo como premissa a Constituição Federal Brasileira, bem como a Legislação Específica sobre Drogas. Os dados foram obtidos por meio de revisão de literatura pertinente ao assunto, legislações, jurisprudências, doutrinas e artigos científicos, disponíveis em materiais físicos e, em plataformas *online* de pesquisas como “Google Scholar” as buscas foram realizadas a partir das palavras-chave: Criminalização do usuário de drogas, Artigo 28 da Lei 11.343/06 e efeitos da criminalização do usuário de drogas.

Por por meio da análise qualitativa das informações adquiridas, foi desenvolvido o presente resumo para ao final indicar se a Lei de drogas no ordenamento brasileiro criminaliza ou descriminaliza o usuário de drogas, apontando ao final o impacto da interpretação da referida lei para a sociedade.

3. Resultados e Discussões

A evolução que o Judiciário Brasileiro vem procedendo, acompanhando a história da sociedade, quando se fala entre a ligação das drogas e do ser humano sucede por motivos diversos, podendo ser de maneira que não causará danos e prejuízos, dependendo da maneira que forem utilizados. Em 2006, foi promulgada a Lei nº 11.343, que trata da criminalização das drogas e, embora se proponha a distinguir os usuários de drogas dos traficantes, continua oferecendo penas alternativas para os primeiros e punições severas para os segundos, separados por uma linha tênue entre consumo próprio e traficância.

Hodiernamente o art. 28 da referida lei atual de drogas, assim dispõe:

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:

Do referido dispositivo, extrai-se, que a nova lei de drogas, dispõe de pena, porém a espécie da pena a ser aplicada ao usuário de drogas ilícitas deixou de ser privativa de liberdade e passou a ser restritiva de direito, porém para Fernando Capez (2020, p.151):

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

Sobre a criminalização Luiz Flávio Gomes (2008) assegura que há três posições, sendo elas:

(a) do STF (Primeira Turma – RE 430.105-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence), entendendo que se trata de crime; (b) Luiz Flávio Gomes admitindo que se trata de uma infração penal *sui generis* (cf. GOMES *et alii*, Lei de Drogas Comentada, 2.e.d, São Paulo:RT, 2007, p. 145 e ss.) e (c) Alice Bianchini (para quem o fato não é crime nem pertence ao Direito penal).

Quanto a distinção usuário e traficante, a nova Lei de Drogas se propôs a distinguir, porém há ainda dificuldades de distinção haja visto que o Art. 33 da mesma Lei, que se refere aos crimes de tráfico:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito**, transportar, **trazer consigo**, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar[...] (grifo nosso)

Ademais observa-se uma linha tênue entre usuário e traficante; onde se verifica que embora nem todas as ações descritas seja de fato tráfico, a lei ao descrever tais condutas equipara como tal, assim, a persecução ao indivíduo usuário será disposta como incurso em tráfico (ARAÚJO, 2020).

Salienta-se a tempo que a descriminalização do uso de drogas foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema brasileira entendeu que a conduta de posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, inserta no art. 28 da Lei nº 11.343/06, continua sendo crime. Visto que é uma das opções constitucionais prevista no art. 5º, XLVI e XLVII da Constituição Federal. Fernando Capez (2010, p. 152) traz comentários sobre o atual posicionamento do STF:

Quando da entrada em vigor da nova lei, momento em que surgiu a discussão em tela, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento paradigmático no RE-QO 430.105/RJ, assentando que não houve abolitio criminis, mas apenas “despenalização”, sob os seguintes argumentos: “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). [...]”

Para Luiz Flávio Gomes (2008) tal decisão conflita com o Estado Constitucional e Democrático de Direito, e deste modo se posiciona:

[..]a imposição de sanção *penal* ao possuidor de droga para uso próprio conflita com o Estado constitucional e democrático de Direito (que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiros pessoas). Se em Direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).

Atualmente está em andamento o Recurso Extraordinário 635.659 de Repercussão Geral, que possui relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Neste recurso extraordinário, há fundamentação no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, onde alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

Ademais, caracterizando os impactos negativos e positivos da criminalização do usuário de drogas, vale mencionar que depois que a lei entrou em vigor, o número de presos no país aumentou dramaticamente.

O número de pessoas presas e responsabilizadas por crimes relacionados com drogas no ano em que a lei foi promulgada era de 15%. Em 2016, dez anos após a sua sanção, essa

porcentagem já chegava a 28%, conforme os dados do INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016). De acordo com o INFOPEN, em dezembro do ano passado o número de detentos em unidades prisionais no Brasil chegou a 755.274, quase o dobro do número anterior à lei de drogas (INFOPEN, 2020). Os fatores que contribuem para a superpopulação das prisões estão relacionados à falta de definições precisas sobre o uso e tráfico de drogas, bem como à disfunção da aplicação das normas.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Laura Girardi Hypolito (2016, p.258):

[...] A proibição não diminuiu o consumo de drogas, apenas acarreta danos aos usuários, que recorrem a ilegalidade para ter acesso às substâncias desejadas, e ao Estado, que tem que arcar com investimento em políticas de repressão às drogas e também na manutenção dos aparatos Estatais de controle, como as prisões.

Em estudo realizado com base em 667 autos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo por Maria Gorete Marques de Jesus *et. all* (2011), os resultados obtidos denunciam a situação atual:

Apesar de a nova lei não dispor sobre o modo de atuação das polícias no combate ao tráfico de drogas, a questão que se coloca diz respeito à eficiência, à eficácia, aos custos e às consequências desse modelo posto em prática. Esta estratégia de combate, expressa de forma ambígua no sentimento colocado por grande parte dos profissionais entrevistados - ‘enxugar gelo, mas necessária’ -, além de ter se mostrado ineficiente, pois ‘após apreendidos, os jovens são logo substituídos por um exército de reserva’, produz apenas o aumento da massa carcerária, aprofundando a crise do já fracassado sistema carcerário”.

Assim com o aumento da população carcerário o Estado acaba gastando mais a criminalização da conduta de usuário de drogas onera o Estado em diversos aspectos, seja pela superlotação carcerária, seja pelo custo processual despendido pelo Estado, que no final das contas será arcado pela sociedade.

4. Considerações finais

Em que pese a maior parte da doutrina reconheça que os aspectos jurídicos que permeiam o artigo 28 da Lei de Drogas leva a descriminalização da posse para consumo pessoal, o STF ainda reconhece como crime, levando a impactos negativos como superlotação carcerário e alto custo processual com usuários; porém, reconhece pelo exposto que há uma tendência a ser descriminalizado com o Recurso Extraordinário 635.659 de Repercussão Geral em andamento.

5. Referências

ARAÚJO, Flávia Cristina. Análise Da Criminalização Ou Descriminalização Em Face Do Art.28 Da Lei 11.343/06. **Revista Âmbito Jurídico**, Ano 23, nº 194, mar.2020. Disponível: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/analise-da-criminalizacao-ou-descriminalizacao-em-face-do-art-28-da-lei-11-343-06/#_ftn4. Acesso em 01 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 26 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 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN atualização – 25 de junho de 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN atualização – de junho de 2016 / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário de Repercussão Geral 635.659.** Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 08 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>. Acesso em: 05 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Parte geral** / Fernando Capez. Coleção Curso de direito penal. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Porte de drogas para uso próprio: é crime?.** 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11412/porte-de-drogas-para-uso-proprio-e-crime>. Acesso em: 07 set. 2021.

JESUS, Maria Gorete Marques de, OI, Amanda Hildebrando; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas:** um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudo da Violência, São Paulo, SP, Brasil, 2011. *E-book*.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas. *In: 10 anos da lei de drogas:* aspectos criminológicos, dogmáticos e politico-criminais. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (orgs.) – Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.