

A INCONGRUÊNCIA DA AFIRMAÇÃO DA DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

¹Yuri Rodriguez Oga Lima Campos

²Claudio José Palma Sanchez

Resumo: Atualmente, existe uma forte corrente de pessoas, incluindo doutrinadores e juristas, que partiram em defesa da descriminalização ou mesmo da legalização do porte de drogas para consumo pessoal, delito esse tipificado na legislação brasileira no artigo 28, da Lei 11.343/2006. Essa discussão gerou diversos frutos com o passar dos anos, onde vários argumentos tendem a levar o diálogo para diversos caminhos diferentes, dentre eles o argumento de que atualmente já existe a despenalização do referido artigo, o que conseqüentemente gera a sua descriminalização. Esse argumento, mesmo que apoiado por doutrinadores de renome, é alvo de inúmeros contrapontos e críticas, algumas destas expostas nesse estudo, que visa colocar em foco a discussão e apresentar os principais problemas de tal doutrina, por fim gerando uma discussão saudável e que tem por objetivo o avanço constante da interpretação da legislação brasileira.

Palavras-chaves: Drogas. Descriminalização. Despenalização. Penal. Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Com a criação da Lei 11.343/2006, pode-se notar que ocorreu uma significativa mudança de postura sobre o tratamento dos usuários de drogas e a respectiva pena sobre esse crime, levando muitos a concluir que a pena é absurdamente leve em comparação com outros delitos da referida Lei e de outros tipos penais, localizados tanto na parte especial do Código Penal, quanto das demais leis extravagantes que lidam com a aplicação de aspectos penais.

Esta atual postura legal combinou-se com a crescente discussão sobre a aplicação em si da lei penal em relação aos usuários, no que tange a

¹ Estudante do 8º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. yuri_campos2010@hotmail.com

² Mestre e Professor do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. palma@toledoprudente.edu.br

descriminalização ou até mesmo a legalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Desse diálogo surgiram diversos posicionamentos para lidar de formas diferentes quanto a situação, por parte de doutrinadores e juristas, dentre eles a postura de lidar com a tipificação penal como se essa já fosse despenalizada, devido a sua pena demasiadamente branda para um rito penal.

E, ainda, alguns interpretam que essa despenalização levaria a uma consequente descriminalização do artigo, pois ele sendo despenalizado não se encaixaria nos termos penais estabelecidos em lei para um tipo penal, não sendo assim considerado um crime.

E essa atual interpretação vem ganhando muita força nos últimos tempos, com destaque, inclusive, em diversos julgamentos.

Porém, essa teoria, apesar de ser respeitável, possui diversas incongruências que precisam ser tratadas e discutidas e que levam ao seu desmantelamento.

Algumas dessas incongruências serão tratadas e apresentadas nesse breve estudo.

2 ATUAL ESTRUTURA NORMATIVA DA LEI

Quando falamos sobre a lei de Antitóxicos (atual lei 11.343/06), é pacífico dizer que esse texto normativo foi desenvolvido e integrado ao nosso panorama jurídico com o objetivo de preservar e proteger o direito a saúde pública no território nacional.

A referida lei, constitucional, baseia-se no desejo de cumprir com o princípio fundamental de responsabilidade Estatal envolvendo saúde pública.

Primeiramente, é necessário entender que a saúde pública é um direito, positivado expressamente nos artigos 6º e 196, do *códex* Constitucional, sendo um direito social e fundamental, e, de toda forma, um dever e responsabilidade do Estado.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A saúde é inerente ao indivíduo como ser humano, assim como sua vida e dignidade, sendo algo que deve ser protegido pelo Estado Democrático de Direito, respeitando assim, os ideais de bem-estar humano que tanto se preza no texto normativo.

Como descreve José Adécio Leite Sampaio:

“A Constituição assegura em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (SAMPAIO, 2002, p.699-700)

A Lei Fundamental do direito à saúde, não faz qualquer distinção em relação a esse tema, englobando o acesso universal às ações de acesso, proteção, prevenção e recuperação de saúde, tanto nos âmbitos individuais, quanto nos sociais em geral.

Segue-se as linhas traçadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual, a saúde se assinala como o bem-estar físico da sociedade de modo geral e não apenas como a ausência de enfermidades, mas aferindo outros elementos que podem vir a se tornarem prejudiciais.

Um desses elementos levados em conta é a disseminação das drogas consideradas ilícitas, pois, geralmente, quando se espalham, as drogas levam consigo um grande número de usuários, que acabam se tornando um estigma social devido ao seu vício, lentamente envenenando a sociedade como um todo.

Assim, com essa espécie de interpretação como foco, criam-se algumas formas de coeção infraconstitucional, não apenas para sanar a questão da proteção delegada na Constituição Federal, mas também respeitar os vários tratados internacionais do qual o Brasil faz parte, que tem como foco também a coibição da venda e uso de drogas.

Com isso em mente, a Lei Antitóxicos é um dos braços legais utilizados para se alcançar o estado ideal de respeito à dignidade da pessoa humana, preservando-se a saúde pública, como direito fundamental social, coibindo de forma

franca e preventiva a disseminação de drogas prejudiciais, sendo estas, como anteriormente referido, listadas em uma lista específica, desenvolvida pela ANVISA.

Tal qual em análise mais aprofundada, necessário que se considere o inciso XLIII do artigo 5º da Carta Magna, que assegura:

“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

É cristalina a preocupação do legislador constituinte com os direitos fundamentais, dentre eles a vida, a integridade física e, principalmente, com a saúde pública, no que se envolve a entorpecentes ilícitos. Não fosse assim, não mencionaria expressamente no artigo 5º a vedação de fiança, graça ou anistia ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Assim, com amparo Constitucional, a lei Antitóxicos, além de estabelecer critérios sociais para coibir as drogas, também se apoiou nos ramos penais para impedir sua disseminação, tipificando uma série de comportamentos como atitudes puníveis na *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima), no direito penal propriamente dito.

Isso quer dizer que, para que o Direito Penal interfira, certos bens devem ser considerados como relevantes penalmente, e ainda, seja passivo de gravidade social absoluta, ficando afastados aqueles bens considerados como inexpressivos para a esfera penal. Conclui-se que, para o entendimento no momento em que foi criada a Lei, considerou-se que o assunto “entorpecentes” era algo passível de intervenção penal, ou seja, tem gravidade social relevante.

Nesse sentido, é lição de Cezar Roberto Bitencourt:

“O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficiente medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria

sociedade.” (BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.)

Ainda, segundo André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

“O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal.” (ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106)

Dada a interpretação da lição dos doutrinadores acima citado, está cristalino que a atual conjuntura jurídica determinou que a quando o assunto é o controle de drogas, para proteger o direito à saúde pública, utiliza-se o meio do direito mais danoso que se pode recorrer, o Direito Penal, para poder controlar alguns determinados comportamentos tipificados relacionados ao controle de entorpecentes ilícitos. Incluindo nesta linha de pensamento, o aludido artigo 28 da Lei Antitóxicos, que visa coibir o usuário de entorpecentes, impedindo penalmente as atitudes tipificadas no artigo.

3 DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E SUAS DIFERENÇAS

Uma comum confusão é de misturar os significados de despenalização e a descriminalização.

Basicamente, descriminalizar consiste em retirar da esfera jurídica o ato de *“portar drogas para uso pessoal”*, deixando para outras esferas do direito brasileiro e para a consciência individual adotar a postura descrita no artigo a ser estudado. Ou seja, retirar da esfera criminal, altamente punitiva, a responsabilidade de legislar sobre o assunto.

Com isso em mente, tem-se outro lado da moeda que é o ato de legalizar. Este tem como foco a autorização expressa para atuar da forma especificada, ou, de forma simplificada uma autorização expressa ao porte de drogas consumo.

Nesta ótica, podemos facilmente dividir os conceitos de despenalização e descriminalização, a primeira sendo uma mera suavização da aplicação da pena

dentro do Direito Penal, algo que torna o ato ainda tipificado como delito passível de despenalização.

Alguns autores dissertam que o ato da aplicação de uma pena branda também pode ser considerado uma forma de despenalização, mas para os próprios institutos do significado da palavra e sua interpretação restritiva, não se pode dizer isso.

Uma vez que o ato de despenalizar a conduta não é a mera aplicação de uma pena branda ou pouco expressiva, mas sim a completa ausência de pena de um ato tipificado, até porque renegar uma pena pouco expressiva a um ato tipificado, seria desrespeitar os próprios pilares do Direito Penal, onde um de seus princípios diz que a pena deve ser proporcional ao ato realizado.

Quanto a proporcionalidade esta é um princípio que tem como bases principais a função de adaptação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita da norma punitiva, atingindo sua eficácia máxima.

Tal qual ÁVILA, igualmente, explica os conceitos supracitados, objetivamente:

“O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”.

Quando uma pena é branda, quer dizer que, segundo os poderes legislativo e executivo, a ligação do ato realizado pelo agente utiliza do princípio da proporcionalidade de forma eficiente, o ligando as consequências posteriores, resultando assim em uma pena propriamente dita, mesmo que branda e devidamente proporcional a ação *in lato senso*, e não um tipo despenalizado.

3.1 A Problemática

Com a criação da Lei 11.343/2006, foi clara a determinação do legislador de evitar, a qualquer custo, a aplicação da pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, já que não traria qualquer benefício ao indivíduo propriamente dito, ou mesmo à saúde pública a aplicação de medidas de restrição à direitos nestes casos.

Tal qual dispõe o artigo:

“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.”

Como se vê, o artigo não prevê mais qualquer pena corporal diretamente. Este tipo pune o agente somente com penas alternativas, sendo estas não referentes a qualquer tipo de liberdade de locomoção propriamente dita.

Em razão deste tratamento demasiadamente brando, alguns cientistas do direito passaram a defender que houve uma descriminalização da conduta, ou seja, *abolitio criminis*, embora a posse de droga para uso próprio não tenha sido legalizada.

Para tanto, argumenta-se que o referido delito não pode ser tratado nem como crime nem como contravenção, porque a sua parte sancionatória não tem previsão nas definições previstas no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal.

“Art 1º 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.”

Assim, segundo essa linha de raciocínio, como as sanções impostas no tipo penal em apreço são apenas alternativas, não previstas no artigo acima citado, a posse de droga para consumo pessoal não pode ser assunto abordado pelo direito penal.

Contudo, essa linha de pensamento está equivocada, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, dá base a tratamento do Artigo 28, como delito de carácter penal.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Tal hipótese encaixa-se perfeitamente nas alíneas 'c' em diante, classificado assim como pena, caindo a tese de despenalização. Uma vez que a despenalização consiste em algo que não tem pena, é incongruente afirmar que o artigo 28, da Lei 11.343/2006, é desprovido de pena, uma vez que a forma de restrição de direitos está claramente descrita em nossa Carta Magna com uma forma verídica de punição.

Ainda, pode corroborar, o pensamento do Doutrinador Vicente Greco Filho:

“As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa (...)” (GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: prevenção e repressão, 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151

Outro atributo que deve ser notado sobre a sua descriminalização é decidir se o tratamento, em relação a quem porta droga para o consumo pessoal, deve ser através de aplicação de medidas penais ou extrapenais.

Não existe descriminalização, uma vez que mesmo que o porte de drogas para consumo pessoal seja tratado, hoje em dia, como um crime de menor potencial ofensivo, utilizando o procedimento do Juizado Especial Criminal, ainda é tratado na esfera penal.

Ainda existe uma política, facilmente detectável, de criminalização do usuário, que corrobora nessa linha de raciocínio, já que como todo delito penal, ele pode afetar negativamente sua pena para crimes posteriores, gerando maus antecedentes e reincidência nesses casos, característica própria de Delito Penal.

Neste sentido, colaciono entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“[...]”

4. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.

5. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como se afastar da condenação do paciente a agravante genérica da reincidência, como pretendido. (STJ – HC – Rel. Rogerio Schietti Cruz – HC Nº 219.532 - SP 2011/0227887-9 – grifo nosso).”

4 CONCLUSÃO

Assim, não tratar atualmente o delito estudado como crime propriamente dito é algo que não deve ser admitido, uma vez encontradas as claras incongruências em relação ao assunto.

Incongruências, estas que tocam tanto no âmbito de interpretação constitucional, como a precisão de penas alternativas não exatamente prevista na Lei de Introdução ao direito penal, quanto a mera interpretação das palavras “descriminalizar” e “despenalizar”, gerando assim incômodos doutrinários que podem se espalhar por todo conhecimento jurídico em pouco tempo.

Como o assunto da administração pública em relação às drogas é um tema complexo e com inúmeras divergências em todos os níveis da matéria, é importante analisar teorias e contrapor os pontos que travam o desenvolvimento da discussão da matéria.

Assim, chegando à conclusão de negações e refutações lógicas de tais teorias e o desenvolvimento de pensamentos mais compatíveis com o direito aqui a ser discutido, pode-se evoluir a temática jurídica, de modo muito mais eficiente e, até mesmo, mais saudável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral. v.1**. São Paulo: Saraiva, 2010

ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**

Esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão**, 14º edição. São Paulo: Saraiva, 2011

SAMPAIO, José Adécio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.