



A INCONSTITUCIONALDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Fernando Iacia TORRES¹

Resumo: Um dos temas do direito penal que gera enormes discussões, seja na doutrina ou jurisprudência, é a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06. Tendo vista que o referido dispositivo fere princípios basilares da Constituição Federal, bem como no Código Penal e no Código de Processo Penal. Além do mais, o usuário é visto como um criminoso de forma errônea e discriminatória, já que o consumo pessoal de entorpecentes precisa ser visto como um problema de saúde pública que infelizmente destrói laços familiares, estes considerados fundamentais para a vida em coletividade.

Palavras-chave: Discussões. Constitucionalidade. Usuário. Criminoso. Saúde.

1. INTRODUÇÃO

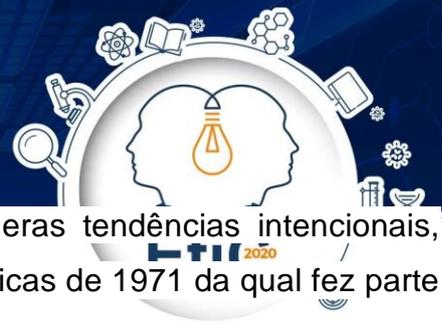
Quando a Lei de Drogas entrou em vigor em 2006 substituindo a então Lei 6.368/76, muitas polêmicas e discussões surgiram acerca do artigo 28, que tipifica como crime a posse de drogas para consumo pessoal.

Ao classificar o usuário como criminoso, o legislador dá um verdadeiro passo para trás no combate às drogas, tendo que o sujeito ativo do artigo 28 precisa ser visto como um problema de saúde pública, além do mais sua conduta gera uma ofensa mínima ao bem jurídico tutelado.

É nesse sentido que o professor Renato Lima Brasileiro faz uma distinção a atual Lei com o antigo estatuto repressor:

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Juspodivm. 2ª ed. P. 687-688).

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: fernandoiacia@hotmail.com. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo.



A lei 11.343/06 é fruto de inúmeras tendências intencionais, sobretudo a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 da qual fez parte o Brasil.

A título de comparação, na antiga Lei 6.368/76 em seu artigo 16, o indivíduo que fosse surpreendido com drogas para consumo próprio era punido com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além de multa.

O atual regramento da Lei de Drogas impõe de forma progressiva três penas, porém de caráter essencialmente educativo, sendo assim: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

2. A INEFICÁCIA DAS PENAS PREVISTAS NO ARTIGO 28

Conforme dito anteriormente as penas previstas para o usuário que for surpreendido na posse de drogas para consumo pessoal poderá ser aplicado de forma progressiva três tipos de penas, todas sem qualquer rigor punitivo e essencialmente educativas.

Ocorre que tais medidas se mostram ineficazes com atual cenário na qual no combate ao uso de drogas exige.

A primeira medida é advertência. Ocorre que essa medida não traz nenhum benefício ao usuário.

Cesar Dario (2016, p. 57) a respeito desta medida nos ensina que:

Na prática, o sujeito comparece em cartório e assina um termo em que constam os efeitos deletérios que o uso da droga pode causar. Cuida-se de medida inócua, que não traz qualquer benefício para o autor do delito ou para a sociedade.

A segunda medida é polêmica, sobretudo devido à sociedade. Não podemos fechar as portas e impedir que pessoas possam se reinserir na sociedade. O que ocorre que a sociedade é um tanto quanto preconceituosa com os indivíduos que tiveram “passagem” pelo mundo do crime. Para esta medida, o legislador determinou no §5º do artigo 28:

§ 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.

A terceira medida também carece de ineficácia. Aqui é necessário que esses programas ou cursos sejam bem ministrados, a fim de conscientizar o usuário sobre os efeitos das drogas, caso contrário de nada adiantará e o usuário continuará usando entorpecentes, sem qualquer perspectiva de mudança.

3. O USO DE DROGAS E A OFENSA MÍNIMA AO BEM JURÍDICO TUTELADO

Muitos doutrinadores de direito penal definem como bem jurídico tutelado no crime de posse de drogas de posse para consumo pessoal a coletividade.

Ocorre que a conduta do usuário causa uma ofensa mínima ao bem jurídico, portanto não poderia ser alvo de reprimenda.

Nesse sentido, oportuna a lição do professor Cezar Roberto Bittencourt (2020, p. 157):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido 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 prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, 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. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, 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.

Portanto, o Direito Penal só pode atuar quando os outros ramos não se mostrarem capazes para o funcionamento da sociedade.

4. A PROBLEMA DO USO DE DROGAS E O SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE

Embora o porte de drogas para consumo pessoal não apresente uma ofensa à sociedade, a questão que se discute é: O sistema público de saúde está pronto para enfrentar o problema das drogas em especial o usuário?



Evidentemente que não. O sistema público de saúde ainda carece de infraestrutura eficiente para ajudar o indivíduo e tentá-lo reinserir na sociedade, sobretudo nas regiões mais afastadas dos grandes centros, além disso coloca-se os usuários juntamente com indivíduos que sofrem de outros problemas de saúde. Um verdadeiro erro. O correto seria ter um tratamento especializado ao usuário de drogas, porém muitos municípios em nosso país não possuem condições de oferecer tratamento digno e condizente ao sujeito usuário de entorpecentes.

5. CONCLUSÃO

A Lei 11.343/06 quando entrou em vigor representou uma grande evolução em comparação com a Lei 6.368/76. Ocorre que as penas de caráter educativo previstas no artigo 28, mostram-se ineficazes no atual cenário no combate ao uso de drogas.

Além do mais, faz-se necessário um melhor direcionamento ao usuário e devendo encara-lo como um problema de saúde e não de segurança pública, já que sua conduta gera uma ofensa mínima ao bem jurídico tutelado.

Por fim, que o atual sistema público de saúde, sobretudo nas cidades mais afastadas dos grandes centros, não possui estrutura digna para tratar os usuários de drogas e os coloca na maioria das vezes os coloca junta com outras pessoas que sofrem outros problemas de saúde, um verdadeiro erro no combate ao uso de drogas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol., 1, Saraiva Jur. 26ª edição. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Juspodivm. 2ª ed. 2008.

SILVA, César Dario Mariano da Lei de drogas comentada / César Dario Mariano da Silva. -- 2. ed. -- São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.