

SIMBOLISMO PENAL NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS: A PENA É ADEQUADA PARA ALCANÇAR O SEU FIM?

Júlia Dinah Vaz GONÇALVES¹

Resumo: O presente trabalho tem por escopo, através da análise do Direito Penal, especialmente da legislação de drogas, por meio do método dedutivo e levantamento bibliográfico, estabelecer considerações a respeito do simbolismo penal existente no art. 28 da Lei de Drogas, que disciplina o porte de drogas para consumo pessoal. A pesquisa alerta para a importância da inexistência de um direito penal simbólico, vigente no mundo das ideias, todavia ausente (de eficácia) no caso concreto, em razão da falsa segurança e pacificação social geradas, bem como excesso de gasto de verbas públicas na tentativa de aplicar uma previsão que, em verdade, é ineficaz.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Simbolismo Penal. Inefetividade.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal e o Direito Processual brasileiro, na atualidade, passam por um período de diversas transformações. E isso se dá em razão da diferença visível entre a sociedade atual e a sociedade da década de 40 em que o Código Penal e o Código de Processo Penal foram formulados.

Dentre essas transformações, encontra-se a já não tão nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que foi publicada no dia 24.08.2006 e entrou em vigor no dia 08.10.2006.

É certo que tal mudança legislativa acompanhou a tendência mundial de se compreender o problema do uso de drogas como multifatorial, privilegiando o encaminhamento de pessoas com uso problemático de drogas para os sistemas de Saúde e Assistência Social.

Todavia, necessário se faz uma análise do ponto de vista prático, a fim de verificar se a construção desse novo olhar do sistema de Justiça acerca do fenômeno do uso de drogas tem sido recebido e aplicado na prática forense e na vida individual

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte Pioneiro (UENP). Representante da UENP na 24ª Competição de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em Washington D.C., EUA, no ano de 2019. Membro de grupos de estudos e pesquisa na mesma instituição. Endereço eletrônico: juliadinah@hotmail.com

e social dos jurisdicionados, pelos diferentes atores da cena judiciária: magistrados, promotores de justiça, defensores e autores do fato.

DESENVOLVIMENTO

Preliminarmente, imperioso ressaltar que há dois sentidos relevantes do Direito Penal: a) função punitiva, a fim de punir aquele que viola bem jurídico-penal por ele tutelado, portanto, devendo ser aplicado como último recurso; b) função preventiva, a fim de evitar o cometimento de novas infrações, as quais ofendem bens jurídicos tutelados pela lei.

Assim sendo, depreende-se ser errônea a aplicação do Direito Penal com uma função meramente simbólica, posto que não prima pela tutela de bem jurídico. Em verdade, preocupa-se em criar sensação de paz no meio social, acalantar os ânimos desejosos da sociedade por criação legislativa, não produzindo na prática o fim desejado.

O simbolismo se verifica em normas que, apenas existindo na teoria, não têm efetividade na prática, seja pela ausência aplicação das normas, seja por inaptidão ou ineficácia da norma ou, ainda, pelo fato de a norma, em verdade, não tutelar bem fundamental à sociedade.

A Lei nº 11.343/06 alterou de maneira significativa o panorama jurídico sobre drogas no país. Entre suas diversas inovações, destaca-se a nova abordagem sobre o usuário de drogas, que se encontra majoritariamente disposta no art. 28 da referida lei.

Dentro dessa nova abordagem do usuário, o que gerou maior revolução na vida do usuário de drogas e, também, mais discussões no seio jurisprudencial e doutrinário, foi a imposição de pena diversa da privativa de liberdade como consequência jurídica do cometimento do ilícito de porte de drogas para consumo pessoal.

O artigo 28 da Lei de Drogas (n. 11.343/06), em seu caput, descreve as condutas consideradas criminosas. Já seus incisos preveem as penas cominadas a quem pratica tais ações, que são: (I) advertência sobre os efeitos das drogas, (II) prestação de serviços à comunidade e (III) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, as quais devem ter o prazo de um dia a cinco meses.

No tocante a faceta do simbolismo que impõe que é dotada dessa característica a norma que, em verdade, não tutelar bem jurídico-penal, há diversos posicionamentos a respeito do art. 28 da Lei de Drogas tutelar ou não a saúde pública, havendo grande parte da doutrina e, até, da jurisprudência, que entende pela inconstitucionalidade de tal artigo, com o argumento de que não há proteção de bem jurídico.

Tamanha é essa controvérsia, que se encontra pendente de julgamento o Recurso Extraordinário 635.639 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual discute se a previsão legal do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional, sendo que 3 (três) ministros já votaram pela sua inconstitucionalidade.

Com relação a inaptidão ou ineficácia da norma em tutelar o bem jurídico teoricamente esculpido, muitos doutrinadores se manifestam nesse sentido com relação a legislação de drogas, dentre eles o que será abaixo mencionado.

Guilherme de Souza Nucci fez uma crítica com relação a brandura da punição como geradora de um resultado imponderável:

Parece que, temendo a reação social à eventual descriminalização da conduta do consumidor, o legislador preferiu eliminar a pena privativa de liberdade, optando por outras formas de sanção extremamente brandas. Note-se, como exemplo, a imensa disparidade entre a pena pecuniária prevista para este tipo penal (art. 28), ainda que para garantia das medidas previstas nos incisos I a III, e as demais multas estipuladas nos arts. 33 a 37, em especial, mas também nos arts. 38 e 39. (...) (2017, p. 348)

Neste ponto, depreende-se sua crítica à inaptidão das penas previstas, por serem extremamente brandas. E, ainda, verifica-se que ele ressalta outra característica do simbolismo penal, que é a preocupação com a reação social em detrimento da aptidão e efetividade da legislação criada.

No tocante a última faceta do simbolismo penal acima mencionada, qual seja, inaplicabilidade da norma, a “Pesquisa Nacional sobre a aplicação do art. 28 da Lei de Drogas: perspectiva de atores jurídicos e usuários”, efetuada nos 26 estados brasileiros e no Distrito Federal, constatou a existência de eficiências na aplicação concreta das disposições da Lei n. 11.343/2006, tendo sido verificado um elevado índice de desatendimento à lei em todas as regiões do Brasil.

Os dados expostos pela referida pesquisa, reforçam o entendimento de que é imperiosa e urgente uma mudança na legislação de Drogas, bem como no *habitus* de seus operadores, os quais têm descumprido a previsão do art. 28 de forma recorrente,

havendo, portanto, simbolismo penal tanto na legislação de drogas, quanto na sua aplicação.

CONCLUSÃO

Consoante ao exposto, verifica-se que a previsão legal do art. 28 trata-se de norma penal simbólica, uma vez que é insatisfatória e inapta para a solução dos problemas de drogadição.

Em que pese a suavização do art. 28 no tocante às penas impostas, com a não punição com pena privativa de liberdade do uso, na tentativa de dar ao usuário um tratamento mais brando e adequado, tais medidas não foram suficientes como forma de prevenção.

Não houve a concretização dos resultados esperados e o adicto permanece a sofrer inúmeros malefícios dessa abordagem criminal em diversos aspectos de sua vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEGRETTI, Roberto (Coord.). **Pesquisa Nacional sobre a aplicação do artigo 28 da Lei de Drogas**: perspectiva de atores jurídicos e usuários. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2016.

BRASIL. Lei n. 11.343/06. **Lei de drogas**. In: Diário Oficial da União, 23 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 ago. 2019.

GARCIA, Roberto Soares Garcia. **A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas**. Revista Liberdades: IBCCRIM.

GRECO Filho, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUZA, Ana Maria Souza. **Legislação penal simbólica e seus efeitos: uma análise jurídica e social**. Disponível em <<https://anamadv.jusbrasil.com.br/artigos/160973798/legislacao-penal-simbolica-e-seus-efeitos-uma-analise-juridica-e-social>> Acesso em: 22 ago. 2019.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 430105 QO**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ: 13/02/2007. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

ZAFFARONI e BATISTA. Raúl E.; Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4 ed. Editora Revan, 2011.