

POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06¹

Marcela Marques CILENTO²

Isabella Marques SILVA³

1 INTRODUÇÃO

O uso de drogas psicoativas remonta à origem da humanidade e é foco de muitas controvérsias no âmbito jurídico. A Lei 11.343/06 descarcerizou as sanções para usuários de droga, previstas no artigo 28 da Lei, porém não descriminalizou a conduta, e muitas discussões a respeito do assunto surgiram. Tanto é que o Supremo Tribunal Federal está julgando a matéria no Recurso Extraordinário nº 635.659.

Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada são garantidos pela nossa Constituição, e, além disso, é sabido que, para o Direito Penal ter legitimidade de intervenção na vida das pessoas, é preciso levar em consideração dois importantes princípios: da alteridade, que diz que não há crime sem lesão que ultrapasse o próprio agente, e o da intervenção mínima, o qual caracteriza o Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, só possui intervenção legítima quando os outros ramos do

¹ Resumo apresentado no I Simpósio de Ciências Criminais (2019) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduanda em direito na Faculdade de Direito de Franca (FDF, Franca/SP. marcelacilento@hotmail.com.

³ Graduanda em direito na Faculdade de Direito de Franca (FDF, Franca/SP. sigaisabella@outlook.com.

direito forem ineficazes. Diante desse cenário, discute-se a licitude da punição daquele que porta drogas para consumo próprio, tendo em vista que este não interfere no bem jurídico de terceiros, lesionando apenas a si mesmo.

O objetivo do presente trabalho é debater esta intervenção levando o leitor a questionar sua legalidade e ambiguidade sob a ótica de princípios constitucionais e penais e sua aplicabilidade.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho é de natureza aplicada, com o propósito descritivo, procurando entender o funcionamento da aplicabilidade da lei frente aos princípios constitucionais de maneira aprofundada. A forma de abordagem é qualitativa, e tem como foco a compreensão de fatos e fenômenos sociais, através de percepções e análises de forma subjetiva. De forma auxiliar, utilizar-se-á o método histórico-evolutivo, analisando as condições históricas em que as políticas sobre droga surgiram, bem como as modificações que sofreram ao passar dos anos. Quanto aos procedimentos técnicos, utilizar-se-á a pesquisa legislativa e bibliográfica, a partir do levantamento de dados de livros, artigos científicos e páginas de sites jurídicos; e documental, através de tabelas estatísticas, jornais, relatórios e documentos oficiais.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

As opiniões a respeito do assunto são muito divergentes. Por um lado, há aqueles que defendem que como o tipo penal tem como objeto de tutela a saúde pública, a posse do entorpecente gera um grande perigo, devido ao risco de propagação da droga. Também argumentam que os usuários incentivam o tráfico de drogas e praticam outros crimes para manter o vício.

Por outro lado, entretanto, há a defesa da insustentabilidade jurídico-penal no consumo de drogas para uso pessoal. Além de ser uma violação da vida privada do indivíduo, o consumo próprio não pode ser considerado uma ofensa à saúde pública, uma vez que sua abrangência é meramente limitada ao próprio consumidor, definida, portanto, como

autolesão. Neste ponto de vista, é possível reconhecer que há um rompimento com os princípios penais, principalmente no que se refere à alteridade e à insignificância.

Enquanto o julgamento não é concluído pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência a respeito do assunto diverge. A juíza Rosália Guimarães Sarmiento, da 2ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes declarou o artigo 28 da Lei de Drogas inconstitucional. Ela desclassificou a conduta de dois réus denunciados por tráfico e associação para o tráfico por terem sido flagrados portando 19 gramas de maconha e afirmou que não havia provas de que o entorpecente seria usado para o tráfico, se convencendo de que a droga era de uso pessoal.

Além de desclassificar o crime, declarou que o artigo 28 é inconstitucional, pois viola o princípio da proporcionalidade, não fixando critério algum que diferenciasse o usuário do traficante. Ainda, se baseou no entendimento de Gilmar Mendes para justificar que criminalizar a posse para uso fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4 CONCLUSÃO

Com base nos argumentos apresentados, concluímos que o crime de porte de drogas para consumo próprio não se justifica. Não é aceitável o argumento de que o bem tutelado pelo artigo 28 é a saúde pública pois, além de ser uma ideia muito vaga, inexistente interferência expressiva, tornando-se insignificante para o enquadramento de lesão pública. Além disso, existem meios menos gravosos de proteção desse bem, e o sistema penal, como expresso no Princípio da intervenção mínima, deve ser utilizado somente como *ultima ratio*. Sendo assim, não há bem jurídico algum tutelado pelo artigo em questão. A conduta de porte de drogas para consumo próprio configura-se como autolesão, irrelevante para o Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Vinicius Marcondes de. A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas. Série aperfeiçoamento de magistrados 11. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_281.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas. Direito Penal. Porte de drogas/entorpecentes para uso próprio. Princípio da autonomia de vontade da pessoa. Princípio da ofensividade. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Proc. Nº 2.564/2013. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4750-Direito-penal-Porte-de-drogas-entorpecentes-para-uso-proprio-Principio-da-autonomia-de-vontade-da-pessoa-Principio-da-ofensividade-Declaracao-incidental-de-inconstitucionalidade. Acesso em: 13 ago. 2019.

BOITEUX, Luciana. Controle Penal Sobre as Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

CARVALHO, Saulo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Instituto brasileiro de ciências criminais. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. Acesso em: 13 ago. 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Lei de Drogas: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

SOCAL, Lucas Brugnara. Drogas e a política do controle: entre o proibicionismo e a redução de dano. 2012. Monografia de graduação. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2919/MONOGRAFIA%20vers%C3%A3o%20final.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 de abr. de 2019.

ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60662/criminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-paternalismo-juridico-ou-protecao-da-saude-publica>. Acesso em: 12 ago. 2019.