

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MP EM AÇÃO**

THAMIRIS LIZ CHRISTO DA SILVA

Matrícula: 19056

**Uma análise acerca da descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal - artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas).**

**Rio de Janeiro**

**2023**

## 1. INTRODUÇÃO

A conduta de vender e ministrar substâncias tidas como venosas, como eram conhecidas à época, passou a ser tipificada a partir do Código Penal Republicano, em 11 de outubro de 1890, tendo sido este o primeiro passo adotado pelo legislador para o chamado “combate às drogas”, sendo atualmente amparado pela Lei 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006.

Embora inicialmente traficantes e usuários fossem tratados de formas distintas, com a entrada em vigor do Decreto Lei nº 385/1968, de 26 de dezembro de 1968, o tratamento de usuários e traficantes passou a ser equiparado, sendo assim a pena de prisão a medida adotada para ambos os casos. Porém, com a chegada da Lei 11.343/2006, os usuários de drogas passaram a ser tratados de formas distinta dos traficantes, havendo uma despenalização no caso de usuários/dependentes.

A nova Lei de drogas institui mecanismo de prevenção ao uso indevido de drogas e a reinserção dos usuários/dependentes na sociedade, além de manter e enrijecer a repressão ao tráfico. Ocorre que antes da nova lei, os usuários e dependentes estavam sendo tratados como criminosos, com penas de prisão e não como pessoas que mereciam um tratamento adequado. Todavia, após a mudança, ficou claro que a nova busca do Legislador em relação ao delito de consumo é uma política de redução de danos.

Ocorre que, o tema de uso de drogas para consumo pessoal ainda é um assunto que possui bastante discussão, visto que o a matéria ainda não foi pacificada. Outrossim, o tema se encontra ainda em discussão junto ao Supremo Tribunal Federal pelo Recurso Extraordinário (RE) de nº 653.659, acerca de sua constitucionalidade, por afrontar direitos fundamentais como à intimidade e a privacidade do indivíduo, embasado no art. 5º, X da Constituição Federal.

Além disso, o artigo 28 afronta diversos princípios, todavia será abordado no presente artigo alguns dos princípios penais, como o da lesividade e intervenção mínima e o princípio da bagatela.

## **2. DA LEI DE DROGAS – LEI Nº 11.343/2006**

Inicialmente é importante destacar que o consumo de drogas no Brasil nem sempre foi uma conduta criminalizada, muito pelo contrário, pois já foram muito utilizadas para fins terapêuticos, religiosos e outros.

Em síntese, as drogas só começaram a ser criminalizadas a partir do Código Penal Republicano de 1890, pelo do artigo 159, sendo o tráfico de drogas considerado crime contra a saúde pública. O referido código criminalizou a conduta de ministrar e vender substâncias tidas como venosas, como as drogas eram chamadas na época, nos casos em que feitos sem autorização e/ou não seguissem algumas formalidades impostas, poderiam acarretar uma pena de multa.

Vale ressaltar que o referido código não proibiu o consumo ou até mesmo a venda, apenas exigiu que se o fizesse, seguissem as formalidades e ostentassem autorização.

Este entendimento perdurou até o ano de 1968, quando houve uma implementação do Decreto Lei nº 385/68. Nele o usuário passou a ter sua conduta equiparada ao do traficante, sendo penalizado de forma idêntica, com pena de prisão.

No ano de 1976, a procura de ressaltar a importância da educação, conscientização e consciência, entrou em vigor a Lei nº 6.368/76 revogando o decreto supramencionado, voltando a tratar o usuário de maneira distinta ao traficante, havendo um abrandamento da pena.

Em 11 de janeiro de 2002, entrou em vigor a Lei nº 10.409 com a intenção de substituir integralmente a lei anterior, mas devido a péssima qualidade e lacunas na lei, foi necessário que a Lei nº 6.368/76 continuasse em vigor para cobrir as falhas da nova lei.

Diante da ineficácia das normas, tornou-se necessário a implementação de uma nova lei, uma mais completa e eficaz, com isso, foi implementada a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, objeto desse estudo, da qual se encontra em vigor até os dias atuais.

Diferente da Lei anterior, o legislador adotou o termo “Drogas”, para que substituísse o termo anteriormente usado “substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica”.

Com o advento da Lei 11.343/06 o legislador demonstrou que o combate as drogas não é apenas uma questão de segurança pública, mas também de saúde pública. Deixando isso bem claro no preâmbulo da própria lei, demonstrando assim, uma maior preocupação com a prevenção do uso indevido de drogas, a reinserção social de usuários e dependentes químicos

e, além disso, continuar com uma alta repressão para o tráfico de drogas, com punições ainda mais severas.

O legislador passou então a olhar o usuário/dependente de forma distinta de um traficante, agora buscando pela política de redução dos riscos e danos, conforme expresso em seu artigo 20.

Ademais, a maioria dos tipos penais da nova Lei de Drogas são consideradas normas penais em branco, visto que necessitam de uma complementação por uma outra norma, estabelecendo o que será considerado droga. No momento atual, essa complementação é realizada pela Portaria nº 344/98, cujo expressa quais substâncias e produtos são consideradas drogas ilícitas.

Na nova lei também estão reunidos todos os dispositivos penais e processuais penais em combate as drogas. Além disso, foi criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), tendo como principal objetivo a prevenção do uso e a reinserção social dos dependentes.

Outra inovação encontrada na Lei 11.343/06 foi o artigo 28, onde a pena privativa de liberdade para usuários/dependentes foi substituída por medidas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo), havendo assim a despenalização, tecnicamente dizendo, a descarcerização, visto que o artigo ainda possui a incidência de sanção penal, não cabendo, em nenhuma hipótese, pena privativa de liberdade, sendo assim, abolido apenas o cárcere.

### **3. UMA BREVE ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006**

A legislação penal brasileira, sempre enxergou o usuário/dependente de drogas como um criminoso, embora esse pensamento ainda não tenha mudado tanto, com a vigência da Lei 11.343/06, houve uma enorme inovação.

A nova lei de drogas, mantem e intensifica o discurso proibicionista da Lei anterior (Lei nº 6.368/76), mas ao mesmo tempo ela trata usuários/dependente de forma distinta dos traficantes, entendendo não ser possível tratar de assuntos distintos da mesma forma, uma vez que, ao tratar usuário/dependente como se traficantes fossem, não estaria solucionando em nada a situação de um melhor tratamento aos usuários/dependentes, visto que, diante dos

modelos antigos o número de usuários não foi reduzido, assim com, as leis contribuíram para o aumentando do número de encarcerados, onerando os custos do Estado com a política de prevenção às drogas.

A nova lei trouxe diversas inovações e a maior delas foram os artigos 28 e 33, o qual tratam do usuário e do traficante, respectivamente, de formas distintas.

No artigo 33 foi tipificada a conduta do traficante, endurecendo as penas, com punições de 5 a 15 anos. O artigo 28 tipificou a conduta dos usuários, com penas mais brandas. Vejamos:

“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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 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.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

Sendo assim, a pena privativa de liberdade foi abolida para os usuários, ocorrendo por a descarcerização para usuários, assim entende Neto e Dos Santos (2014), tendo sido esta substituída por medidas que buscam conscientizar o usuário/dependente dos malefícios que as drogas podem trazer a sua saúde e a sua vida, na tentativa de desestimular o consumo. Mesmo que o usuário seja reincidente a pena de prisão jamais seria aplicada.

Com isso a conduta passou a ser considerada de menor potencial ofensivo, sendo de competência do Juizado Especial Criminal. Além disso, a lei não autoriza mais a prisão em flagrante para usuários, conforme disposto no art. 48, §2º da referida lei.

O legislador buscava por conscientizar o portador de droga dos malefícios que esta pode trazer para sua saúde e entidade familiar, visando assim, o afastamento do indivíduo das drogas.

Portanto, embora tenham ocorridos muitos avanços, necessários, da nova Lei em relação aos antigos modelos jurídicos, ainda existem muitas mudanças fundamentais para uma melhor eficácia das normas.

#### **4. BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS**

De acordo com Luiz Regis Prado (2019, p. 289), o bem jurídico penal é um ente, um dado ou um valor social, extraído do contexto social de extrema importância para o desenvolvimento e convívio humano.

A vida, o patrimônio, a honra e a fé pública, são os principais bens jurídicos tutelados pelo código penal, mas não é todo bem jurídico que deve ser tutelado pelo código penal, visto que, há outros ramos do direito aptos a resolverem os conflitos.

Ocorre que em relação ao artigo 28 da Lei 11.343, há divergências em relação ao bem jurídico tutelado pelo artigo. Tendo quem entenda ser a saúde pública, assim como, há quem entenda ser a saúde individual.

A corrente que entende que o referido artigo resguarda a saúde pública, explica que quando o agente traz consigo drogas ilícitas para consumo, estaria contribuindo para a propagação do vício, infringindo o grande objetivo da norma, que visa coibir a difusão das drogas em resguardo a saúde pública. Filia-se a essa corrente Vicente Greco Filho (2011).

Em contrapartida, há uma corrente que alega que o dispositivo não afronta a saúde pública, ficando apenas no âmbito do particular.

Dá-se que, como vimos anteriormente, o código penal visa tutelar apenas os bens de maior relevância para a sociedade, não sendo criminalizado a autolesão.

Salienta-se que existem vários tipos de drogas, podendo elas serem divididas em lícitas, como por exemplo, o álcool, o cigarro, os remédios, e ilícitas, das quais se encontram listadas na Portaria nº 344/98. Deste modo, mesmo que uma substância ou produto possa causar dependência, se não for encontrada relacionada na Portaria, não será considerada uma droga ilícita.

Conforme pesquisa disponibilizada pela Fundação Oswaldo Cruz (FrioCruz) a droga que mais mata no Brasil é o álcool, uma droga considera totalmente lícita e de ampla divulgação nas grandes mídias.

Diante disso, acredita-se desproporcional a criminalização do consumo pessoal de drogas com base no bem jurídico tutelado, alegando ser este bem jurídico a saúde pública, visto que, o álcool é considerado a droga que mais mata no país, no entanto, é considerada uma droga lícita, com ampla divulgação, vendas livres, sendo ligada pela sociedade ao lazer e sociabilidade.

Se fosse o caso, o álcool, sendo a droga que mais mata no país, ainda amplamente divulgado e glamourizado pelas grandes mídias, também seria considerado uma droga ilícita. Sendo assim, entende-se que tal argumentação se torna fragilizada.

Portanto, tendo isto em mente, verifica-se também que quando um indivíduo escolhe fazer uso de substâncias entorpecentes estaria ele apenas exercendo o seu direito de escolha, resguardado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X. Pode-se dizer que é uma escolha errada, ruim, mas não poderia ser essa escolha criminalizada.

Como bem esclarece Barros, “o porte de drogas para uso pessoal não afeta a saúde pública, bem protegido pelo Direito Penal e que justificaria a punição do tráfico de drogas, mas apenas, e quando muito, a saúde individual do usuário, não preenchendo um requisito básico para a incriminação de condutas [princípio da lesividade]”.

Filio-me a este entendimento, acreditando ser essa a mais adequada, visto que, o bem jurídico tutelado pelo referido artigo não está sob afetação, vez que, as condutas criminalizadas no artigo se referem somente ao usuário e não a saúde coletiva. Vejamos as condutas descritas no 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:”

Nota-se que diante do descrito, o agente não atinge ninguém, além de si mesmo, com a sua conduta. Com isso, não poderia ele lesar a terceiros, estaria apenas exercendo seu direito de escolha, mesmo que esta seja uma má escolha a si próprio.

Vejamos entendimento que corrobora com o argumentado acima citado:

“O art. 28, que criminaliza a posse de droga para consumo, é inconstitucional, porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo. Assim, por força do princípio da lesividade, só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria. John Stuart Mill escreveu, a propósito, que o “indivíduo não responde perante a sociedade pelas ações que não digam respeito aos interesses de ninguém, a não ser ele próprio. Conselho, ensino, persuasão, esquiva da parte de outras pessoas, se para o bem próprio a julgam necessária, são as únicas medidas pelas quais a sociedade pode legitimamente exprimir desagrado ou desaprovação da conduta do indivíduo.” (Bizzoto, Alexandre, Rodrigues, Andréia de Brito e Queiroz, Paulo, Comentários Críticos à Lei de Drogas, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 45/46)

Vale frisar que tal questão ainda se encontra aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal. Caso o recurso seja admitido, fica comprovado que o bem jurídico tutelado pelo art. 28 será a saúde individual, tornando-se o artigo inconstitucional, porém, em caso admitido que o bem tutelado pelo artigo é a saúde pública, não haverá no que se falar na inconstitucionalidade.

Embora o caso ainda não tenha sido julgado, os Ministros, Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso já votaram pela inconstitucionalidade do artigo.

## **5. PRÍNCIPIOS PENAIIS**



Princípio é uma norma ou um padrão de conduta a ser seguido por uma pessoa ou uma instituição. O termo tem origem do latim *principium*, que significa “origem”, “causa próxima” ou “início”.

No direito, os princípios são também normas fundamentais que norteiam os estudos. São considerados a origem e a sustentação base das normas, sendo delas extraído a convicção para criação das leis. Melhor dizendo, elas são a essência, a base na criação de leis. Nesta linha, irretocável a lição do doutrinador Miguel Reale:

“Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários” (p. 60).

Todo ordenamento jurídico possui um conjunto de princípios como seus norteadores para interpretação e aplicação das leis, e no Direito Penal não seria diferente. O Direito Penal possui princípios como o da legalidade, reserva legal, irretroatividade, intervenção mínima, lesividade, entre outros.

No estudo em questão iremos tratar dos princípios da intervenção mínima, lesividade e insignificância.

## **5.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

No princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, só poderá ocorrer uma intervenção penal quando está se constituir o meio indispensável para proteção de bens jurídicos estritamente relevantes, do qual não seria possível tutelar por outro ramo.

Ocorre que o direito penal tutela questões realmente lesivas e/ou ofensivas, por se tratar do ramo mais gravoso do direito. Ele é visto como um “mal”, dado que, em sua atuação restringe a liberdade e atinge a dignidade da pessoa humana. Destarte, esse “mal” somente pode ser admitido quando necessário para a proteção de bens jurídicos relevantes.

Com isso o direito penal deve ser adotado como a última opção para resolução do conflito, devendo-se preocupar com os bens mais importantes e necessários para a vida em sociedade, ou seja, o direito penal deve ser considerado subsidiário aos outros ramos do

direito, só devendo ser aplicado quando não for possível resolver a lide em outras searas ou quando o direito penal for igualmente eficaz na solução.

Nesse mesmo sentido, lesionada o professor Luiz Regis Prado:

“O princípio de intervenção mínima ou de subsidiariedade decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento ilustrado, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como ultima ratio legis –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.” (Curso de Direito Penal Brasileiro / Luiz Regis Prado. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p 166).

Perante o exposto, observa-se que houve um excesso do Legislador ao tipificar o consumo de drogas para uso pessoal, prevista no art. 28 da Lei de Drogas. Dado que, ao fazer uso de drogas, o agente estaria prejudicando a si mesmo, não devendo se tratar assim de um caso tipificado penalmente.

## **5.2. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE**

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, determina que não existirá crime se não houver uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Ou seja, uma conduta só poderá ser considerada criminosa quando atingir um bem jurídico tutelado ou se tiver o risco de atingi-lo.

Sua função principal é de limitar a pretensão punitiva estatal, ou seja, não poderia haver uma proibição penal sem que essa proibição não fosse para tutelar um bem jurídico de terceiros penalmente relevante. Por essa razão, o suicídio não é um delito punível, uma vez que, se trata de uma autolesão.

Nesse passo, é o ensinamento de Cleber Masson (MASSON, p. 59, 2017):

“Não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico. Este princípio atende a manifesta exigência de delimitação do Direito Penal, tanto em nível legislativo como no âmbito jurisdicional. De acordo com o clássico ensinamento de Francesco Palazzo: Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que hajam sido construídos, in abstracto, como fatores indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta em conformidade do tipo, mas ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.”

Vale ressaltar, que este princípio considera os chamados “delitos de perigo abstrato” inconstitucionais, pois é exigido por ele que haja ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem tutelado, visto que, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidades e/ou probabilidades, mas não um juízo de certeza.

Sendo assim, não acredita que o sujeito ao tipificar o tipo do artigo 28, se utilizando da droga para seu consumo pessoal, estaria atacando bem jurídico de terceiros, mas que estaria prejudicando a si próprio.

### **5.3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA**

Segundo tal princípio, o direito penal, só deve tutelar condutas causadoras de danos ou perigos que sejam de maior relevância. Não devendo assim haver preocupação com lesões ínfimas. Melhor dizendo, nem sempre uma ofensa a um bem essencial é suficiente para configurar um injusto. Nesses casos, essas condutas deverão ser consideradas materialmente atípicas para os efeitos penais.

Em corroboração a tese exposta, vejamos ensinamento do doutrinador Luiz Regis Prado:

“De acordo com o princípio de insignificância, formulado por Claus Roxin, e relacionado com o axioma minima non curat praeter, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca

importância ou quando afete intimamente a um bem jurídico-penal. Vale dizer: a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em casos de lesões de pouca gravidade ou quando “no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo”. (p. 176).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal estipulou que para caracterização de tal princípio é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos:

- 1) Mínima ofensividade da conduta do agente;
- 2) Nenhuma periculosidade social da ação;
- 3) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- 4) Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Há corrente que entende que nos casos do art. 28 da lei 11.343, a bagatela não poderia ser aplicada, visto que, a norma visa proteger a saúde pública, mas esse entendimento vem mudando.

Em decisões recentes o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que é possível a aplicação do princípio da insignificância em determinados casos de drogas para consumo pessoal.

**“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM PORTE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada. (HABEAS CORPUS 202.883 SÃO PAULO - RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, JULGAMENTO: 15/09/2021 – SEGUNDA TURMA)”**

#### **5.4. OS PRINCÍPIOS PENAIS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, LESIVIDADE, INSIGNIFICANCIA E O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS**

Diante de todo exposto anteriormente, é observado que há alguns confrontos em relação ao artigo 28 da Lei de drogas. Inclusive, vale reforçar, que o referido artigo se encontra aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 635.659, no qual é questionado a Constitucionalidade da norma. Contudo, no presente trabalho nos limitaremos a verificar o confronto relacionado aos princípios supracitados.

Inicialmente é importante ressaltar, como vimos anteriormente, que a droga que mais mata no país é o álcool, a qual é amplamente divulgada e glamourizada pelas grandes mídias, além de ser uma substância de fácil acesso, sendo encontrada em qualquer bar, mercado etc. Sendo assim, torna-se desproporcional alegar que o consumo pessoal de drogas deve ser um delito criminalizado em prol da saúde pública.

A norma afeta tão somente a saúde do indivíduo e ao ser criminalizada, afronta o princípio da lesividade, intervenção mínima e até mesmo o da bagatela.

Outrossim, verificamos que o direito penal deve ser adotado como o último ramo para resolução de um problema. Ocorre que no caso das drogas para consumo pessoal, este princípio não foi respeitado. Não sendo o caso tratado por nenhum outro ramo do direito anteriormente, o direito penal tem sido adotado como o primeiro e até então, única medida, o que afronta o princípio da intervenção mínima.

O direito penal não é o ramo mais adequado para tutelar a conduta descrita no tipo.

#### **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode-se notar que com o tempo e as tendências mundiais o legislador passou a entender que o portador da droga para consumo pessoal é um indivíduo com más escolhas, que deve ser tratado de forma diferente do traficante, como uma pessoa que precisa de ajuda ou invés de sanções penais.

Com isso, realizou as mudanças previstas atualmente pela norma, tirando de lado uma ideia punitivista e adotando a ressocialização, independentemente do caso, ao passo que o consumo pessoal jamais acarretará pena de prisão.

Existe grande divergência quanto ao bem tutelado pelo artigo, pois há correntes que entendem que a norma tutela a saúde pública, da mesma forma que há correntes que entendem que o caso trata a saúde do individual.

Outrossim, pode ser constatado que o artigo 28 da Lei de Drogas fere princípios penais como a lesividade, intervenção mínima e insignificância. Visto que, o sujeito ao fazer uso da droga para seu próprio consumo não estaria ferindo bem jurídico alheio, ainda mais por ter sido constatado que a droga que mais mata, trata-se de uma droga lícita. Há então excesso do Legislador ao tipificar tal conduta como um ilícito penal.

Por fim, devido a gravidade que o Direito Penal pode ocasionar na vida de um indivíduo, este deveria ser aplicado em último caso, quando outros ramos não forem suficientes para tratar do assunto, devendo ser o direito penal adotado como uma última tentativa de resolução.

Torna-se irrazoável punir penalmente o usuário/dependente, mesmo que com penas voltadas ao aprendizado dos malefícios da droga, sem que haja um tratamento para que de fato o indivíduo consiga largar o vício.

Sendo assim, foi possível observar que o sistema adotado é bem falho ao deixar de aplicar ao caso um tratamento individual e/ou políticas públicas de prevenção ou políticas públicas de reabilitação.

Vale lembrar que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar todo o tema, tendo em vista ser muito vasto e complexo e a quantidade de tempo para sua elaboração. Contudo, dentro do que foi abordado acredita que a norma afronta princípios penais, fora demais princípios e normas não abordados no trabalho. Sendo assim, acredita que a decisão mais assertiva a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal seja a descriminalização do artigo.

## 7. REFERÊNCIAS

PRADO, Luiz Regis **Curso de Direito Penal Brasileiro**. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral - vol. 1**. - 11. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos: Prevenção e repressão: Comentários à Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, G. S. **A Lei 11343/2006 e o Combate Eficiente Ao Tráfico Internacional De Drogas**. Disponível em:

<<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1420/1/TC%20GUILHERME%20SILVA%20DE%20ASSIS.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2023.

SALVUCCI, D. S. **Bem Jurídico-Penal e o Princípio Da Lesividade**. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/618>>. Acesso em: 17 abr. 2023.

DE MESQUITA, J. C.; DE SOUZA, R. L. **Princípio da Insignificância na Posse de Drogas para Consumo Próprio**. Disponível em:

<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18533/1/TCC-%20Roger%20e%20Julia%20-%20Principio%20da%20insignificancia%20no%20uso%20de%20drogas%20para%20consumo%20proprio%20%281%29.pdf>>. Acesso em: 3 maio. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 17 abr. 2023.

PLANALTO. Lei de nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 17 abr. 2023.

**PESQUISA REVELA DADOS SOBRE O CONSUMO DE DROGAS NO BRASIL.**

Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

**GLOBAL, SOCIAL E BARATO, ÁLCOOL MATA MAIS QUE O CRACK NO BRASIL E NO MUNDO,.** Disponível em:

<[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/10/interna\\_gerais,1099906/global-social-e-barato-alcool-mata-mais-que-o-crack-no-brasil-e-no-m.shtml#:~:text=No%20Brasil%20e%20no%20mundo%2C%20e%20mata%20mais%20que%20o,de%20Minas%20Gerais%20\(UFMG\)](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/10/interna_gerais,1099906/global-social-e-barato-alcool-mata-mais-que-o-crack-no-brasil-e-no-m.shtml#:~:text=No%20Brasil%20e%20no%20mundo%2C%20e%20mata%20mais%20que%20o,de%20Minas%20Gerais%20(UFMG)>)>. Acesso em: 25 abr. 2023.

**NETO, A. D. S.; SANTOS, P. P. D. A. A transação penal no delito de porte de drogas para consumo pessoal.** Disponível em:

<[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37753928/Revista-libre.pdf?1432752562=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DRevista\\_Dike\\_IX\\_20014\\_1.pdf&Expires=1683845908&Signature=VPz3no-KsFy0QsN2WRnuTHsQbA9sLyNMvRlk2gvfLbOzjQ0utYeuaTKDEE-8XGfoqbCMLiyTeRVNYA6OjK9Y87F1DfmYxjBMkGdoAgfuAIojfvRpSUyft1Qs2f3~htAuMEJMAM0zbWJPJ8P0mnO4zFUXGV4igdmA5k7dpkyUdHRbUccH6CmWRANNkmvXs2lXw2Zpd2ktla85seTOADONBp~6VjIK1ab3AM--Lkidq~2e1hX6KqzFLPiRjSNXh7XjXgEOyGAAJjOG6REQPQgXvXxjO5oBfOMeBYEM2UEDU0fCflawv-CbwYXOyum1OqUiAKzEvf9sa5aYNypFm4BHA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=5.](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37753928/Revista-libre.pdf?1432752562=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DRevista_Dike_IX_20014_1.pdf&Expires=1683845908&Signature=VPz3no-KsFy0QsN2WRnuTHsQbA9sLyNMvRlk2gvfLbOzjQ0utYeuaTKDEE-8XGfoqbCMLiyTeRVNYA6OjK9Y87F1DfmYxjBMkGdoAgfuAIojfvRpSUyft1Qs2f3~htAuMEJMAM0zbWJPJ8P0mnO4zFUXGV4igdmA5k7dpkyUdHRbUccH6CmWRANNkmvXs2lXw2Zpd2ktla85seTOADONBp~6VjIK1ab3AM--Lkidq~2e1hX6KqzFLPiRjSNXh7XjXgEOyGAAJjOG6REQPQgXvXxjO5oBfOMeBYEM2UEDU0fCflawv-CbwYXOyum1OqUiAKzEvf9sa5aYNypFm4BHA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=5.>)>. Acesso em: 1 maio. 2023.