

## Lei de Drogas descriminalizou porte para uso próprio?

Amanhã (25/6) será retomado, pelo STF, o julgamento do RE 635.659, com repercussão geral (Tema 506), em que se discute, dentre outras questões, se as condutas previstas no artigo 28 e seu § 1º, possuem natureza criminal ou não. Devido à urgência e importância do tema, a publicação do artigo desta semana de [Escritos de Mulher](#), que geralmente é publicado às quartas-feiras, está sendo antecipada para hoje.

Antonio Augusto/STF



Com a entrada em vigor da Lei 11.343, de 2006, instalou-se intensa discussão acerca da natureza da conduta prevista no seu artigo 28, que trata do porte de drogas para uso próprio, logo tendo surgido três teorias: (a) a conduta é criminosa – STF, Min. Sepúlveda, RE 430.105-9-RJ; (b) trata-se de crime *sui generis*, Luiz Flávio Gomes e (c) houve descriminalização (não se confundindo com legalização), Alice Bianchini.

O último entendimento foi defendido pela autora do presente artigo, na obra “Lei de Drogas Comentada”, São Paulo, RT, livro escrito em conjunto com o saudoso Luiz Flávio Gomes (com quem aprendi muitas lições no campo jurídico, profissional e pessoal, e com quem dividi uma parte muito feliz da minha vida) e com os queridos Rogério Sanches e William Terra. Meu posicionamento divergiu do dos demais autores.

No último dia 20 de junho, ao apresentar o seu voto em plenário, o ministro Dias Toffoli, citando, inclusive, a obra acima referenciada, decidiu pela descriminalização e apresentou a seguinte tese sobre o tema:

a) reconhecer a constitucionalidade do artigo. 28 da Lei nº 11.343/2006; b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais;

Os principais motivos pelos quais defendo a tese da descriminalização serão trazidos, de forma sintética, a seguir, mas, antes, é muito importante transcrever o artigo que trata do tema:

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 As mesmas medidas submetem-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.

Uma primeira questão que salta aos olhos refere-se às modalidades de sanção. Percebe-se nitidamente que elas não possuem caráter repressivo. É exatamente em razão disso que surge o **primeiro argumento** a favor da tese da descriminalização: como se pode considerar crime quando as sanções previstas não têm caráter retributivo, mas, sim, educativo?

Reforçando o entendimento, deve ser lembrada a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914/41), que, em seu artigo inaugural estabelece que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

E como reforço do entendimento, apresentamos o **segundo argumento**: o artigo 28 encontra-se topograficamente no Capítulo I, que trata da “Prevenção”, que, por sua vez, pertence ao Título III, que se ocupa das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”. As orientações acerca de repressão surgem somente a partir do Título IV, que cuida da “Prevenção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”.

Prevenção e repressão são dois universos muito diferentes e que trazem conceitos e formas de intervenção igualmente distintas. E a Lei de Drogas trabalha com esses dois universos de forma didática, separando, inclusive, em títulos diversos, e trazendo, já no seu início, tal distinção, inclusive ao separar as finalidades do Sisnad (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) quando se trata de usuários e dependentes daquelas dirigidas à produção não autorizada e ao tráfico. Confira-se:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

- I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Aliás, no primeiro artigo da lei, essa fundamental orientação (a qual deve servir de guia para toda e qualquer interpretação da norma), já se encontrava devidamente delineada. Veja-se:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad;

prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Abaixo, foi elaborada uma tabela que repete o texto legal, para que se possa visualizar melhor os dois universos tratados pela lei:

### **Usuário e dependente**

prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas

Deve-se atentar para o final da segunda coluna (dirigida exclusivamente à produção não autorizada e ao tráfico), quando o texto legal utiliza a expressão "e define crimes", o que não aparece na parte que trata do usuário e dependente.

Quanto às medidas sancionatórias previstas no artigo 28 (I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), convém esclarecer que elas possuem exatamente esse espírito de "prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas" mencionados nos artigos 1º e 3º da Lei.

Mesmo a sanção de prestação de serviços à comunidade (que, a teor do artigo 44 do Código Penal, substitui a pena de prisão quando preenchidos os requisitos legais) mantém, na Lei de Drogas, o seu importante efeito educativo, o que é reforçado pelo direcionamento dado no § 5º do artigo 28, quando estabelece que "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".

Importante esclarecer que toda a parte que trata de questões preventivas da Lei de Drogas possui aporte na política criminal (essa ilustre "infelizmente" desconhecida). A política criminal tem por objetivo criar estratégias para a diminuição do fenômeno da violência e ela pode se valer, para tal, de instrumentos penais ou extrapenais.

Quem orienta quais são os melhores caminhos, ferramentas, instrumental e orientações a serem trilhadas/usados pelo legislador nesse importante momento de escolha/decisão, por sua vez, a criminologia (ciência de extrema importância e que, apesar de ser muito mais conhecida que a política criminal, tem seus estudos e conclusões sendo desconsiderados/ignorados no momento de elaboração de leis).

### **Produção não autorizada e tráfico ilícito de drogas**

estabelece normas para repressão à produção autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e de

No que tange a Lei de Drogas, entretanto, observa-se que a parte que tratou do usuário e do dependente de drogas traz inúmeros e importantes aportes criminológicos. Tal perspectiva não pode ser olvidada quando se cuida de interpretar os dispositivos da lei.

À O **terceiro argumento** que leva à descriminalização refere-se ao fato de que a própria lei, em diversas passagens, ao fazer referência às medidas sancionatórias previstas nos incisos I, II e III do artigo 28, nomina-as ora de "medidas educativas", ora de "medidas", a começar pelos §§ 1º e 6º, que assim estabelecem:

Art. 28. [...]

- 1º As 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. [...]
- 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:

Ainda, o artigo 29:

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28 [multa], o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos at 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Há que se lembrar que a multa prevista no inciso II do § 6º do artigo 28 faz referência à situação em que ela pode ser imposta (alternativamente com a advertência verbal) 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.

Concluindo esse terceiro argumento e fazendo um recorrido da Lei na parte que trata da prevenção, observa-se que ela usa os termos "medida" e "medidas educativas" ao lado do termo "pena". Mas o que importa aqui não é o continente, mas o conteúdo, e esse está longe de se caracterizar como criminal.

Voltando à questão da descriminalização, esclarece-se, novamente, que não se trata de legalização, o que, inclusive, fica muito claro no artigo 2º da Lei, ao mencionar que "ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas".

E, prossegue o dispositivo mencionado: "ressalvada a hipótese de autorização legal ou

regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Ainda, em seu parágrafo único, ficou constando que pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas. Quem descumpra a proibição sofrerá consequências, mas elas serão diversas, conforme seja usuário/dependente ou produtor/traficante.

Exatamente acerca das consequências, apresenta-se o **quarto argumento**, elaborado a partir de artigo que foi mencionado e que agora será trazido sob outro enfoque: a teor do que dispõe o §6º do artigo 28, 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 – advertência verbal; II – multa. Novamente, observa-se que não há caráter criminal para o caso de descumprimento das medidas, o que desnatura a ideia de se tratar de ato eminentemente criminoso.



O **quinto argumento** diz respeito ao fato de que as consequências previstas no artigo 28 (I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), a teor do que estabelece o artigo 27 da Lei de Drogas, podem ser substituídas a qualquer momento, ouvidos Ministério Público e defesa. Essa maleabilidade decorre da necessidade de se adequar situações que eventualmente surjam, ou que, em um

primeiro momento, não haviam sido ventiladas.

E tudo com vistas ao melhor cumprimento dos objetivos da lei, que, como mencionado anteriormente, de acordo com o art. 1º, quando se trata de usuário ou dependente, o de estabelecer medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Tais consequências, inclusive, podem ser fixadas de duas formas: como resultado da transação penal, ou na sentença condenatória, caso o agente não tenha concordado com a transação penal. A primeira situação está prevista o artigo 48, § 5º:

Art. 48. [...]

- 5º. Para os fins do disposto no [art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995](#), que dispõe sobre

os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Na segunda hipótese, ou seja, não restando interesse do agente pela transação, a Lei de Drogas disciplina o rito da ação que verificar a responsabilização ou não do agente. É o que faz o artigo 48:

Art. 48. [...]

- 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.
- 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.
- 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente. (Vide ADI 3.807)
- 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.
- 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

O **sexto argumento** dialoga com o procedimento da ação que, ao final, concluirá pela responsabilização ou não do agente. O processo todo correrá em uma vara criminal e a decisão será exarada por um/a magistrado/a criminal. Isso, entretanto, não vincula a natureza da ação. É que estamos diante da figura do direito judicial sancionador, que não possui disciplinamento autônomo no nosso sistema jurídico.

Assim, tal qual ocorre com as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, que podem ser decretadas por um juízo cível ou criminal (vide STJ, Recurso Especial 1.419.421, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.02.2014), há uma discricionariedade do legislador, ao estabelecer questões vinculadas à competência, sempre levando em consideração a razoabilidade.

No caso sob análise é conveniente que o mesmo juízo que trata das questões vinculadas ao comércio e tráfico de drogas seja competente para analisar as questões ligadas ao usuário e dependente, já que pode haver concurso com tráfico ou comércio de drogas, ou, mesmo, a

desclassifica-se do crime de tráfico para o de uso de drogas etc.

Então é bastante pertinente que o tema fique no juízo criminal. Lembrando que o fato de termos uma vara criminal e um/a magistrado/a com competência criminal não implica, necessariamente, que a natureza da conduta prevista no art. 28 seja criminal. Poderá haver uma sentença condenatória, mas ela não será uma sentença condenatória criminal. Vale lembrar, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa, que tem esse mesmo caráter de direito judicial sancionador.

O **sétimo argumento** volta a tratar da questão das medidas sancionatórias, que, de acordo com o § 3º do artigo 28, quanto às trazidas nos incisos II (prestação de serviços à comunidade) e III (medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. O tempo refere-se, portanto, à duração de tais medidas e não a um tempo de pena.

Interessante notar que o parágrafo seguinte (§4º) determina que em caso de reincidência as medidas sancionatórias previstas nos incisos II e III serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. Aqui aparece **oitavo argumento**, para demonstrar que há possibilidade de nova transação e que ela continuará orbitando em torno das mesmas medidas sancionatórias.

Convém lembrar que no disciplinamento da Lei 9.099/95, havendo uma transação penal, outra somente pode ocorrer após 5 anos. Tal prazo não se impõe a usuário e dependente, pois contrariaria o espírito da Lei de Drogas, que tem como escopo a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social.

A Lei de Drogas traz uma nova perspectiva ideológica, rompendo com o modelo de combate às drogas, o que pode ser verificado pela criação do Sisnad, que substitui o antigo Sistema Nacional Antidrogas. Dentre os diversos princípios do Sisnad trazidos no artigo 4º, destaca-se o X, que prevê a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

De observar-se que a Lei 11.343/06 rompe com as anteriores por tratar a fundo da parte preventiva (prevenção primária, secundária e terciária), dedicando a ela trinta dos seus setenta e cinco artigos. **Esse é o nono argumento.**

O Plano Nacional de Políticas sobre Drogas estabelece uma série de objetivos, alguns dos quais voltados diretamente ao usuário ou dependente. São eles:

Art. 8º-D. São objetivos do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas, dentre outros: [\(Incluindo pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#)

[...]

IV – ampliar as alternativas de inserção social e econômica do usuário ou dependente de drogas, promovendo programas que priorizem a melhoria de sua escolarização e a qualificação profissional; [\(Incluindo pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#)

V – promover o acesso do usuário ou dependente de drogas a todos os serviços públicos; [\(Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#)

VII – fomentar a criação de serviço de atendimento telefônico com orientações e informações para apoio aos usuários ou dependentes de drogas; [\(Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#)

VIII – articular programas, ações e projetos de incentivo ao emprego, renda e capacitação para o trabalho, com objetivo de promover a inserção profissional da pessoa que haja cumprido o plano individual de atendimento nas fases de tratamento ou acolhimento; [\(Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#)

E por fim, e como **décimo argumento**, convém destacar que os objetivos acima transcritos não se coadunam com a ideia de criminalização da conduta do porte ilegal de drogas. Usuário e dependente não são pessoas criminosas. São pessoas que necessitam das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social previstas no Título III da Lei de Drogas, no qual, inclusive, encontra-se o artigo 28, e onde podem ser encontradas as diretrizes para a prevenção (artigos 18 e 19), as atividades de atenção, de reinserção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares (artigos 20 a 22), disposições acerca do tratamento do usuário ou dependente de drogas (artigos 23 a 26-A), dentre outras.

A decisão do STF, que terá continuidade no dia 25 de junho (RE 635.659, com repercussão geral Tema 506), coincidentemente, ocorre na quarta semana de junho, período que foi instituído como a Semana Nacional de Política sobre Drogas artigo 19-A da Lei de Drogas, incluído pela Lei 13.840, de 2019.

Seja qual for o resultado do julgamento, uma coisa é certa: foram jogadas luzes à discussão a partir de uma perspectiva criminológica e de política criminal que tratam desse grave drama social, e o voto do ministro Toffoli, que abriu divergência, o que interpreta, mais fielmente, o texto legal, respeitando, portanto, a vontade do legislador.

**Autores:** Alice Bianchini