**Do porte de drogas para consumo pessoal: a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em face da natureza jurídica do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006**

*Ianna Pessoa Lima[[1]](#footnote-1)*

*Isabela Pessoa Lima[[2]](#footnote-2)*

*Socorro Almeida de Carvalho[[3]](#footnote-3)*

**Sumário:** Introdução; 2 Lei nº. 11.343/2006: art. 28 (alterações e inovações); 3 Porte de drogas e a natureza jurídica do artigo 28 da Nova Lei de Drogas: crime, infração penal *sui generis* ou descriminalização substancial; 4 Da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal e a sanção penal prevista no art. 28 da Lei Nº 11.343/2006: porte de drogas para consumo pessoal; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO

Este trabalho científico apresenta enquanto objeto de estudo as alterações promovidas pela Lei 11.343/06, denominada de Nova Lei de Drogas. De modo mais específico, uma análise acerca da natureza jurídica do art. 28 desta nova legislação que revogou o art. 16 da Lei nº 6.368/76, e alterou a forma de penalização da conduta de portar droga para uso pessoal, uma vez que não mais prevê enquanto sanção penal à aplicação da pena privativa de liberdade a esta conduta, mas a possibilidade de imposição de penas restritivas de direito. Quanto à natureza jurídica do art. 28 da lei pertinente, o legislador penal descriminalizado ou não à conduta do porte de drogas para uso próprio? Há que se falar em violação do princípio da proporcionalidade no seu viés de proibição da proteção deficiente, visto que deve existir correspondência entre a pena e a gravidade da conduta? De forma a embasar o presente trabalho se utilizará enquanto metodologia a pesquisa bibliográfica do direito penal, direcionada a análise do posicionamento de autores que tratam sobre o tema, principalmente a Lei das Drogas nº 11.343/06, bem como os artigos e publicações pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Lei 11.343/06. Princípio da proporcionalidade. Natureza Jurídica.

**INTRODUÇÃO**

Diante da realidade alarmante quanto à questão das drogas ilícitas e com o intuito de combater de modo mais efetivo esse quadro, necessitava o sistema penal brasileiro de uma legislação que apresentasse meios mais eficazes no enfrentamento punitivo das drogas ilícitas. Eis que surgem as alterações trazidas pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trouxe em seu escopo maior adequação do direito penal à realidade social do uso indevido de tais substâncias ilícitas, abordando de forma inovadora o tema alvo de árdua discussão na doutrina e jurisprudência pátria que é posse de droga para uso próprio.

O presente paper apresenta enquanto objeto de estudo as alterações promovidas pela Lei 11.343/06, denominada de Nova Lei de Drogas. De modo mais específico no tocante à natureza jurídica do art. 28 desta nova lei de drogas que revogou o art. 16 da Lei nº 6.368/76 e alterou a forma de penalização do porte da droga para uso pessoal, uma vez que não mais prevê enquanto sanção penal à aplicação da pena privativa de liberdade a esta conduta, mas a possibilidade de imposição de penas restritivas de direito, estabelecendo de forma expressa as diferenças entre usuário e traficante de drogas.

A norma penal deve ser harmônica e resguardar compatibilidade com o princípio da proporcionalidade que traduz à correspondência e equilíbrio entre a sanção penal e a gravidade do fato, emanando deste princípio a proibição da proteção deficiente invocada para prevenir a insuficiência da tutela de direitos fundamentais pela lei ou pelo Estado. A nova lei que regula as drogas traz inovações, dentre elas a diferenciação entre o usuário que faz uso de drogas e o traficante, não mais tratando o indivíduo que toma posse de drogas para consumo pessoal como criminoso ou fomentador desta conduta, mas como uma vítima das substâncias entorpecentes que necessita de atenção e tratamento.

Neste contexto, a Lei nº. 11.343/06 que adota medidas preventivas contra as drogas e aplica uma “advertência” aos seus usuários, não os tratando ou punindo enquanto traficante, atinge sua finalidade de conscientizar o consumidor acerca destes alucinógenos, reduzindo assim o tráfico de drogas? Ou tal legislação se demonstra frágil e não repreende suficientemente tal prática, violando o princípio da proporcionalidade no seu viés de proibição da proteção deficiente? Diante da questão suscitada se aponta os posicionamentos: teria o legislador descriminalizado ou não à conduta do porte de drogas para uso próprio? Em relação ao usuário de drogas, a nova lei de drogas que não mais prevê a pena de prisão, descriminaliza, legaliza ou despenaliza a posse de droga para consumo pessoal?

**2 Lei nº. 11.343/2006: art. 28 (alterações e inovações)**

Desde a origem da nossa sociedade é visível o convívio do homem com substâncias psicoativas, drogas estas que sempre existiram e que ao longo do tempo e progresso humano variaram sua função na vida dos indivíduos e o uso que se fez delas. O uso inadequado, livre e imprudente de drogas foi o que ocasionou diante de sua relevância e reflexo no direito penal, várias discussões acerca de seu porte para consumo pessoal e se essa prática seria uma conduta criminosa.

Inicialmente no Brasil foi criada a Lei nº 5.726/71 com o objetivo de reger ações que previnam e proíbam o consumo e tráfico de substâncias entorpecentes que resultassem em dependência física e psíquica aos indivíduos. Logo depois foi criada a Lei nº 6368/76 que regia os ilícitos penais referentes às drogas, porém era lei ambígua, o legislador não deixou claro qual a conduta era considerada crime, ora ele dizia que era entorpecentes, ora tóxicos, ora drogas devido a isso essa lei foi revogada. Posteriormente foi criada a Lei nº 10.409/02 se revelando uma legislação penal falha e insuficiente para regulamentar a questão das drogas, pois, vetou o capítulo que aborda dos crimes e das penas. Surge então, a nova de drogas a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trouxe em seu escopo maior adequação do direito penal à realidade social do uso indevido de tais substâncias, trazendo de forma clara a palavra drogas e abordando de forma inovadora o tema alvo de árdua discussão na doutrina e jurisprudência pátria que é o porte de droga para uso próprio (art. 28).

A lei 11.343/06 trouxe algumas inovações ao direito penal, (BOITEUX, 2009, p. 35):

Dentre os maiores destaques da nova Lei está a previsão expressa dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, dentre eles ‘o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade’ (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX), além de fixar as seguintes diretrizes com relação à prevenção do uso de drogas, por meio do ‘fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas’ (art. 19, III), e o reconhecimento expresso de que ‘reconhecimento da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva’ (inc. VI). Considera-se a positivação de tais princípios como importantes por refletirem uma nova abordagem, que marca um paradigma proibicionista moderno, com reconhecimento de estratégias de redução de danos.

Através da nova Lei de Drogas houve mudanças, melhorias e alterações na regulamentação penal em relação ao uso e tráfico de drogas, onde as normas devem ser utilizadas de acordo com a nova lei exercendo com as necessidades da sociedade, (LEAL J. J; LEAL R. J. 2010, p. 24):

A mudança de maior significado, a nosso ver, ficou por conta da descriminalização branca operada em relação à conduta de porte para uso pessoal de drogas. Com a nova lei, o enfrentamento deste tipo de conduta relacionado ao consumo de drogas passou a ser feito sem o recurso à prisão.

Outra inovação que a nova Lei de drogas trouxe foi o art.28 que trata da conduta do usuário de drogas, a posse para o consumo pessoal que através da nova lei não e considerado um crime, porém ainda é caracterizado como infração (de ilícito). E é importante destacar que segundo o art. artigo 5º, XL: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

**3 Porte de drogas para uso pessoal e a natureza jurídica do artigo 28 da Nova Lei de Drogas: crime, infração penal sui generis ou descriminalização substancial**

O Capítulo III da Lei 11.343/2006, a nova Lei de Drogas, denominado “Dos crimes e das penas” faz referência especificamente em seu artigo 28 sobre o porte e cultivo de drogas para consumo pessoal, é uma infração de menor potencial ofensivo, pois não se aplica a pena de prisão. Prevê expressamente o artigo 28, “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

As condutas incriminadas neste dispositivo se representam por cinco **núcleos do tipo**, a saber: a) *adquirir*, comissiva, “ter posse ou propriedade, obter mediante troca, compra ou a título gratuito”; b) *guardar*, omissivo, “é a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em mantê-la escondida, ocultá-la para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém”; c) *ter em depósito*, comissivo, “é reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo”; d) *transportar*, comissiva, “pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se a droga for levada junto ao agente, a conduta será a de *trazer consigo*”, consiste em crime instantâneo por consumar no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer; e) *trazer consigo*, comissiva, “é levar a droga junto a si, sem o auxílio de algum meio de locomoção”. Trata-se, pois, de crime de ação múltipla, se constituindo um tipo misto alternativo e afastando o instituto do concurso de crimes, caso o agente realize mais de uma conduta em relação à mesma droga, se constitui delito único. As condutas de condutas de guardar, trazer consigo e ter em depósito são permanentes, ou seja, a sua consumação se prolonga no tempo, (CAPEZ, 2012, p. 756).

A **objetividade jurídica** vem a ser a *saúde pública* e não o viciado, uma vez que tal conduta traz inerente risco social à saúde de toda coletividade, pois, o usuário ou dependente da droga ainda que a transporte com o fim de consumo pessoal, ressalvando que a lei não reprime penalmente o vício e não tipifica a conduta de “usar drogas” (conduta atípica e observância ao princípio da alteridade ou transcendentalidade, visto que o fato típico pressupõe um comportamento humano que ultrapasse a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro), apenas o transporte, a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal coloca em risco à saúde pública frente à possibilidade de circulação e disseminação desta, visto que a maior parte das pessoas que começam a usar drogas a conhecem a partir de um conhecido já usuário, portanto, o legislador penal objetivou prevenir tal perigo social, que deixa de existir após o consumo, punindo a *detenção atual* da droga, não tipificando o legislador o uso pretérito desta, ou seja, caso um exame de sangue ou de urina constate que alguém usou droga não responderá por este crime. Quem traz consigo a droga pode vir a oferecê-la a outrem, e é esse risco social que a lei pune, exatamente por isso que a lei não incrimina o uso pretérito (desaparecendo a droga, extingue-se a ameaça).

Desta forma se um indivíduo for preso fumando um cigarro de maconha responde pelo crime se o cigarro for apreendido e a perícia constatar a existência do princípio ativo da droga, o agente responderá pelo delito. Se o cigarro já havia sido consumido por completo e não se constatar a existência do princípio ativo, o fato será atípico, (GONÇALVES, 2011, p. 33).

Importante dizer que ainda que a conduta descrita no artigo 28 da Lei de Drogas coloque a saúde pública em risco, sua pena não pode ser igualada a pena do crime de tráfico de drogas, dado que esta legislação manteve o entendimento sustentado pelo Desembargador Vicente de Azevedo Franceschini (1975, in RT, 476:287), em estudo publicado “Das penas na legislação antitóxicos – Sugestões para o aperfeiçoamento do sistema”, que defende pena mais branda ao sujeito que consigo porta droga para uso pessoal, já que o dano social causado por esta conduta é menor do que a provocada pela prática do crime de tráfico de drogas.

O **objeto material** do art. 28 da nova Lei de Drogas ao contrário da revogada Lei n. 6.368/76, não utiliza mais a expressão “substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica”, mas, recai sobre termo mais amplo “drogas”, que segundo o previsto no art.1º, parágrafo único, da mesma legislação, “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Por sua vez o art. 66 da mesma lei dispõe, “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998”.

Por sua vez, o **elemento normativo** que exige interpretação do juiz está descrito na seguinte expressão, “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, havendo o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, se a conduta descrita no tipo se der sem autorização do Poder Público.

Neste contexto, houve quem sustentasse o entendimento de que o porte de pequena quantidade de droga configuraria fato atípico, uma vez o agente traria consigo uma quantidade tão ínfima que só ele poderia consumir, inexistindo o perigo de cedê-la a terceiros, então, desapareceria o crime. Entretanto, **o art. 28 descreve crime de perigo presumido**, abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga portada para a caracterização do delito previsto nesse artigo, constatada a existência do princípio ativo (o responsável pelos efeitos que a droga causa no organismo), haverá crime. Ainda, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça rechaçaram o entendimento que descriminavam a quantidade de menos de um grama de maconha em virtude do princípio da insignificância, (Idem, ibidem, p. 759).

O parágrafo 1º, do art. 28 prevê uma figura equiparada (consiste em uma inovação desta legislação), estabelecendo o mesmo tratamento penal do *caput* “a 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”. a) *Semeia* o agente que lança sementes ao solo que para germinem, se trata de delito instantâneo, pois se consuma no momento que a semente é colocada na terra; b) *Cultiva* aquele que fertiliza a terra para que a planta se desenvolva, crime permanente consumando-se enquanto as plantas estiverem ligadas ao solo, desde que haja um liame entre indivíduo e plantação. c) *Colhe* o agente que extrai a planta do solo. Frisa-se que o dispositivo faz referência aos indivíduos que plantam substância que causa dependência em sua própria residência para consumo pessoal, pois se a intenção do agente for à venda ou entrega a consumo de terceiro, a conduta será enquadrada no art. 33, § 1º, II, que é equiparada ao tráfico de drogas.

Por sua vez, o art. 28, paragrafo 2º, prevê as circunstâncias para a comprovação da finalidade de uso da droga, assim, “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”, havendo, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Se o juiz ainda assim ficar na dúvida a respeito da intenção, deve condenar o agente pelo crime menos grave, ou seja, pelo porte — princípio do *in dubio pro reo*.

Quanto ao **sujeito ativo**, pode ser praticado por qualquer pessoa, (crime comum), admitindo coautoria e participação. Quanto ao **sujeito passivo**, este vem a ser a coletividade, o Estado (crime vago). Quanto à **consumação**,a conduta de *adquirir* é instantânea e se consuma com o acordo de vontade o vendedor e o comprador; As condutas de *trazer consigo, guardar, ter em depósito e**transportar* constituem crimes permanentes e se consumam no momento em que o agente obtém a posse da droga, se estendendo no tempo enquanto ele a mantiver. O elemento subjetivo é o dolo que consiste na vontade livre e consciente de “saber que tem a posse da droga e querer ter essa posse”, acrescido do fim especial de agir "para consumo pessoal”, não se punindo a conduta na forma culposa. O crime é de mera conduta, não sendo necessária a prova de um perigo concreto para a consumação da infração, sendo crime de perigo abstrato, desde que se trata de uma droga ilícita, portanto, sua consumação é formal e admite erro de tipo. Quanto à **tentativa**, nas modalidades permanentes não se admite. Quando se trata da modalidade “adquirir”, a doutrina diverge, parte afirma que se pessoa procura o traficante para comprar a droga e é preso nesse momento, antes de recebê-la, responde por tentativa, para outros, seria fato atípico, pois o recebimento da droga é pressuposto do crime.

A conduta descrita no artigo 28 desta nova Lei de Drogas corresponde à prevista no revogado art. 16 da Lei 6.388/1976, que possuía a seguinte redação, “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A pena prevista correspondia à detenção de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 a 50 dias-multa.

Diferentemente, a grande inovação do art. 28 foi deixar de prever pena privativa de liberdade para o crime de porte de droga para consumo próprio, substituindo e afastando a detenção (6 meses a 2 anos), passando a prever as seguintes penas para as condutas previstas no *caput*  e § 1º do art. 28: I) advertência sobre os efeitos das drogas; II) prestação de serviços à comunidade; III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Dispõe o art. 27 da pertinente legislação, que “essas penas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas, umas pelas outras, a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor”. Ainda, “as penas de prestação de serviços e medida educativa de frequência a programas ou cursos educativos serão aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses, mas em caso de reincidência poderão ser aplicadas pelo prazo máximo de dez meses”, (art. 28, §§ 3º e 4º), ou seja, o agente mesmo sendo um reincidente (não há impedimento de realizar uma nova transação dentro do lapso temporal previsto), à ele não se aplica à pena de prisão, mas o prazo máximo superior (dez meses).

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, (art. 28, § 5º). E para a garantia do cumprimento dessas medidas educativas previstas no *caput*, a que injustificadamente se recuse o condenado a cumprir, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente: admoestação verbal realizada pelo magistrado sobre a exigibilidade de cumprimento das medidas que lhe foram impostas, caso o agente continue a descumpri-las aplica-se multa, (art. 28, § 6º). Pode o juiz determinar ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado em recuperação, (art. 28, § 7º).

Tal afastamento da aplicação de pena privativa de liberdade, prevendo ao agente que porta droga para uso pessoal, penas restritivas de direitos e advertência, fez nascer no campo doutrinário, divergências quanto à questão suscitada, teria o legislador penal descriminalizado ou não à conduta do porte de drogas para uso próprio (art. 28)? *A nova Lei de Drogas que não mais prevê a pena de prisão, descriminaliza, legaliza ou despenaliza o porte de droga para consumo pessoal*? *Descriminalizar* significa que a infração penal deixou de ser crime, podendo se dar de três modos: transformação do crime numa infração penal *sui generis (*a descriminalização formal), 2) eliminação do caráter criminoso e transformação do ilícito penal em ilícito civil ou administrativo (descriminalização "penal") ou mediante o afastamento do caráter criminoso do fato e sua legalização total (descriminalização substancial). Na *legalização* o fato deixa de ser ilícito, passa a não admitir qualquer tipo de sanção, sai do direito sancionatório. Por sua vez, *despenalizar* significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo intacto o caráter ilícito do fato, (GOMES, 2008, p. 120).

Os principais posicionamentos referentes à natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06 são: a) Luiz Flávio Gomes (*Idem, ibdem,* p. 120 - 124), um dos autores defensores desta corrente, afirma que a conduta descrita no art. 28 continua ilícita, uma infração pertencente ao Direito Penal, mas não constitui crime, contravenção penal, ou ilícito administrativo, e sim, uma infração *sui generis* (continua a ser proibido pelo direito). Houve descriminalização formal, ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), e ao mesmo tempo ocorreu a despenalização (processo misto), não se admitindo a aplicação da pena de prisão, mas não houve *abolitio criminis*. Para este autor, a porte de droga para consumo pessoal não perdeu seu conteúdo de infração, continua sendo ilícita, sendo punido com outras sanções alternativas aplicadas pelo juiz, não havendo, pois que se falar em legalização ou descriminalização substancial do porte de droga para uso pessoal, sob a justificativa do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

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, (art. 1º, LICP).

Para este entendimento, como os menores de 18 anos estão sujeitos às normas da legislação especial, ECA, não se aplicam a eles a nova lei de drogas, e não há possibilidade de lhes impor nenhuma sanção (porque nem é crime, nem contravenção).

b) Supremo Tribunal Federal, através da posição e voto do Ministro Sepúlveda Pertence afirma ser “o art. 28 pertencente ao Direito Penal, uma conduta considerada crime punida com penas alternativas, havendo uma mera despenalização da conduta (não retirou a pena, apenas abrandou-a) e não se podendo falar em *abolitio criminis”,* (Idem, ibdem, p. 127). De acordo com a decisão da Primeira Turma do STF (RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence,j.13.02.07) só se pode impor medidas socioeducativas ao menor quando ele comete uma infração penal, isto é, crime ou contravenção. Entendimento também sustentado por Vicente Greco Filho, o legislador penal criou uma nova pena, e para isso não há proibição, mas observância ao principio da reserva legal, (2008, p. 44).

Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes: a) ele está inserido no Capítulo III,do Título III,intitulado "dos crimes e das penas"; b) o art. 28, § 4, fala em reincidência (nos moldes dos arts. 63 do CP e 7.0 da LCP e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime ou contravenção, pratica nova infração penal); c) o art. 30 da Lei 11.343/2006 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam; d) o art. 28 deve ser processado e julgado nos termos do procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Criminais, próprio para crimes de menor potencial ofensivo; e) cuida-se de crime com *astreintes* (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; F) a CF/88 prevê, no seu art. 5.°, XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28), (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.07).

c) A terceira corrente representada por Alice Bianchini defende que o art. 28 “não pertence ao Direito Penal, sim, é uma infração do direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos juizados Especiais)”, tendo ocorrido o *abolitio criminis* (descriminalização substancial), (BIANCHINI, 2002 *apud* GOMES, 2008, p. 135). Em outras palavras, sendo a conduta descriminalizada substancialmente, deixa de ser ilícito, tendo em vista que não houve a legalização da conduta, mas *abolitio criminis*, devendo ser estabelecidas sanções ao usuário, as quais podem ser aceitas desde logo por este (transação) ou estabelecidas pelo juiz em sentença condenatória.

Dentre seus argumentos, se encontram as alegações pela autora de que “advertência e encaminhamento a programas educativos não possuem nenhuma carga aflitiva, ao contrário, têm natureza puramente educativa, e prestação de serviço à sociedade possui duplo caráter educativo e repressivo”; “Nenhuma das consequências quando aplicadas em razão de transação penal (art. 48, § 5º) gera reincidência ou antecedentes, ou seja, impostas em transação penal não geram nenhuma consequência relacionada com o Direito penal”, podendo o portador da droga para uso pessoal “levar adiante várias transações penais, mesmo dentro daquele período de cinco anos (art. 28, § 4º)”; “Havendo descumprimento da transação ou da sentença condenatória as únicas medidas cabíveis são: admoestação verbal ou multa (art. 28, § 6º), o que evidencia que as medidas impostas ao usuário de drogas refogem da sistematização do Direito penal”.

A ação penal é pública incondicionada e o procedimento em relação a qualquer das condutas previstas no art. 28 compete ao Juizado Especial Criminal, incumbindo ao Ministério Público, quando do oferecimento da proposta de transação penal, indicar a pena que deverão ser impostas, conforme descrito nos arts. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/95, desta forma, tratando-se das condutas previstas no art. 28 da Nova Lei de Drogas, o agente flagrado na prática de infração penal desta natureza não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor ser imediatamente encaminhado ao juízo competente se o houver, salvo se houver concurso com crime mais grave previstos nos arts. 33 a 37 da Lei (cf. art. 40, § 1º). Caso não haja transação penal, logo após o oferecimento da denúncia, se tenta a suspensão condicional do processo (art. 89, da lei 9.099/1995), não havendo consenso em torno da suspensão ou não sendo ela possível, segue-se o procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, sendo as penas do art. 28, neste caso, são impostas em sentença final condenatória.

**4 Da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal e a sanção penal prevista no art. 28 da Lei Nº 11.343/2006: porte de drogas para consumo pessoal**

O princípio da proporcionalidade surgiu no direito penal como forma de amparo ao indivíduo contra as intervenções do Estado que na maioria das vezes são inúteis ou exageradas, ocasionando aos indivíduos prejuízos mais graves que o conveniente para o amparo dos interesses públicos. De acordo com esse princípio é necessário analisar o caso concreto, a sanção penal e a gravidade do fato. A proporcionalidade “tem como campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado”, (GOMES, 2003. p. 53)

A proporcionalidade é um princípio característico do Estado de Direito, é uma garantia fundamental de todo indivíduo e devem ser utilizadas nos casos em que houver prejuízos aos direitos e liberdades individuais, assim como afirma, (Ibidem, p.59):

Sem dúvidas, a proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando, especificamente, para que seus imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem a atuação do poder estatal. Nesse sentido, a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam contrabalançadas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade com o ela determina.

Uma parte da doutrina afirma que razoabilidade e proporcionalidade mantém uma relação de fungibilidade, ambos são usados como tratados como iguais, porém a outra parte da doutrina afirma que não se deve confundir proporcionalidade com razoabilidade, pois razoabilidade, assim como defende Humberto Ávila, (ÁVILA, 2007. p. 158):

A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.

A norma penal deve ser harmônica e resguardar compatibilidade com o princípio da proporcionalidade que traduz à correspondência e equilíbrio entre a sanção penal e a gravidade do fato, emanando deste princípio a proibição da proteção deficiente invocada para prevenir a insuficiência da tutela de direitos fundamentais pela lei ou pelo Estado.

As penas trazidas pelo art. 28 são: “I- advertência sobre os efeitos da droga; II- prestação de serviços à comunidade;III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Essas penas violam o princípio da proporcionalidade? Uma parte da doutrina defende que haverá sim a violação, pois, a primeira pena é uma forma de proibição jurídica, pois, caso tivesse razões morais não teria efeito legal. Através dessa pena o usuário receberá conhecimento dos efeitos maléficos e o perigo a saúde que as drogas podem causar, podendo ser realizada no Juízo Criminal. Na segunda pena busca impor ao usuário a realizar tarefas gratuitas. Na terceira pena objetiva uma política preventiva, pois, estabelece ao usuário o comparecimento aos programas de educação.

Viola o princípio, pois, quando é praticada uma dessas sanções dificilmente o usuário vai ser conscientizar, essas penas são desproporcionais com a conduta de usar drogas. Os usuários irão continuar a consumir drogas por que sabem que só irão receber uma mera advertência: (GOMES, 2008, Pag. 134)

De nada adianta, de outra parte, conceber o usuário como"criminoso" ou "tóxico-delinquente" se todos sabemos que as consequências que lhe podem alcançar (por força na nova lei) destoam completamente disso. O juiz sabe que nada pode fazer contra ele em termos coativos (imperativos). A dureza nominal ("criminoso") não se corresponde com a realidade. Denominar o art. 28 de "crime", portanto, pode significar a banalização deste conceito no Direito penal. Passamos a ter um"crime" com consequências pífias (inexpressivas) caso o infrator não cumpra as sanções impostas pelo juiz. A nova lei banalizou a função do juiz (deveria ter adotado em relação ao usuário a desjudicialização); o STF, com a devida vênia, ampliou, e muito,os limites do conjunto da teoria do delito, saindo de um extremo(tratamento dos delitos hediondos) para o outro (tratamento do usuário de entorpecente).

No §1º do art. 28 o legislador deixa claro que serão aplicadas medidas, (Ibidem,p. 159):

No caput do art. 28 o legislador mencionou a palavra “penas”. Neste §1º fala em medidas; no §6º menciona a locução medidas educativas. Afinal, as conseqüências previstas no art. 28 são penas alternativas, que não possuem, entretanto, o caráter penal (no sentido clássico). Logo, mais adequada é a denominação medidas. Tudo que está previsto no art. 28 configura medidas alternativas (à prisão).

Já a outra parte da doutrina afirma ser necessária a utilização da proporcionalidade, caso não houvesse a sua aplicação seria um abandono do princípio do princípio da proporcionalidade: (Ibidem, pag. 134)

No atual sistema penal brasileiro, de outro lado, se o agente pratica contravenção antes e crime depois não é considerado reincidente. Ora, seguindo-se o pensamento da Primeira Turma do STF, se o sujeito praticar o art. 28 antes e um crime depois, será reincidente (desde que haja sentença final condenatória em relação ao art. 28). Quem pratica o mais (contravenção + crime) não é reincidente; quem pratica o menos (art. 28 + crime) seria reincidente. Nisso vemos outro paradoxo.

**CONCLUSÃO**

O *paper* concluso apresentará um estudo acerca do princípio da proporcionalidade no direito penal, uma análise da Lei nº 11.343/06 no tocante à natureza jurídica do artigo 28, de modo mais específico quanto à conduta de portar drogas para uso pessoal (a nova legislação criminaliza ou não este comportamento? Divergência doutrinária) e por fim a aplicação do princípio da proporcionalidade e a sanção penal prevista neste dispositivo se há compatibilidade ou não entre a pena prevista na lei e a conduta de portar drogas para consumo pessoal, contribuindo com este trabalho científico para enriquecer essa discussão doutrinária e jurisprudencial.

Tal afastamento da aplicação de pena privativa de liberdade, prevendo ao agente que porta droga para uso pessoal, penas restritivas de direitos e advertência, fez nascer no campo doutrinário, divergências quanto à questão suscitada, teria o legislador penal descriminalizado ou não à conduta do porte de drogas para uso próprio (art. 28)? A nova Lei de Drogas que não mais prevê a pena de prisão, descriminaliza, legaliza ou despenaliza o porte de droga para consumo pessoal?

O legislador viu ser necessário a criação de uma lei que regulasse esse uso livre de drogas, pois, o mesmo trazia consequências lesivas à saúde e dependência química, afetando assim os membros da sociedade e contribuindo para o tráfico de drogas, criando assim a lei 11.343/06 que alterou outras legislações trazendo algumas inovações ao direito penal. O princípio da proporcionalidade atribui o amparo do indivíduo em face das intervenções estatais exageradas, pois na maioria das vezes essas intervenções causam danos e prejuízos aos cidadãos. O objetivo principal da nova lei de drogas é evitar que o usuário de drogas volte a praticar comportamentos delituosos, porém doutrinadores criticam o art.28, pois, afirmam que o legislador errou seriamente nas penas aplicadas ao usuário, violando assim o princípio da proporcionalidade.

Os principais posicionamentos referentes à natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06 são: • Supremo Tribunal Federal, Min. Sepúlveda Pertence que afirma ser “o art. 28 pertencente ao Direito Penal, uma conduta considerada crime punida com penas alternativas, havendo uma mera despenalização da conduta e não *abolitio criminis”*, (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.07); • Por sua vez, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 133), um dos autores defensores de outra corrente, afirma que o dispositivo “pertence ao Direito Penal, mas não constitui crime ou contravenção penal, sim, uma infração sui generis. Houve descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não abolitio criminis”; •A terceira corrente, representada por Alice Bianchini (BIANCHINI, 2002 *apud* GOMES, 2007), defende que o art. 28 não pertence ao Direito Penal, tendo ocorrido o *abolitio criminis* (descriminalização substancial).

**REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. **Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sôbre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 06 out de 2013.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em: 06 out 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 6 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 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; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 27/08/2013.

BOITEUX, Luciana et al (Coord.). **Série pensando o direito: tráfico de drogas e constituição**. nº 1. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASAGRANDE, Fernanda Fischer. **O tratamento penal da conduta de porte de drogas para uso pessoal na Lei 11.343/06**. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27089/000763629.pdf?sequence=1>>.Acessado em 6 out 2010.

FRANCESCHINI, Luiz Vicente; OLIVEIRA, Euclides Benedicto de. **Das penas na legislação antitóxicos – sugestões para o aperfeiçoamento do sistema**. Disponível em <<http://www.justitia.com.br/revistas/9bw3bz.pdf>>. Acesso em 5 outubro 2013.

GOMES, Luis Flávio Gomes (coord). **Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.3306**. 3ª edição, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães*.***O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, **Victor Eduardo Rios. Legislação penal especial. Coleção Sinopses Jurídicas.** v. 24. 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.07.

1. Aluna do 6º período de Direito vespertino da Instituição de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do 6º período de Direito vespertino da Instituição de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professora e orientadora. [↑](#footnote-ref-3)