

**ANÁLISE CRÍTICA E FUNDAMENTADA SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006/
*CRITICAL AND GROUNDED ANALYSIS OF THE
CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF LAW 11.343/2006****

Hugo Henrique da Silva Gaio

*Pedro Lucas de Matos Caetano***

SUMÁRIO: *1 Introdução. 2 Histórico da lei de drogas no Brasil. 3 Do crime de posse de drogas artigo 28 da lei 11.343/06. 4 Do crime de tráfico de drogas artigo 33, caput da lei 11.343/06. 5 Do debate acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343-06. 7 Considerações finais. Referências.*

RESUMO: O presente artigo volta-se ao estudo do artigo 28 da lei de drogas nº11.343/2006, pois a recorrência do referido tipo penal demonstra a necessidade e relevância do estudo e discussão sobre o tema, principalmente em relação a sua constitucionalidade, analisada em conformidade com o princípio da supremacia do interesse público, considerando que a temática discorre sobre conflito de princípios, que deve ser analisado com ponderação, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade para escolha da sobreposição de um sobre o outro. Abordar-se-á ainda que brevemente, o histórico de lei de drogas no Brasil abrangendo os primórdios

* Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientados pela Professora Caroline Bittencourt da Silveira.

* Acadêmicos do Curso de Direito no Centro Universitário Integrado de Campo Mourão – PR. E-mail pedrolucascaet@hotmail.com; hngaio@gmail.com;

da proibição de entorpecentes para a compreensão da atual legislação. Desse modo, realizou-se pesquisa exploratória, com análise qualitativa, quantitativa e pesquisa bibliográfica, com a utilização de material específico em publicação de artigos científicos. Realizando-se ainda um estudo acerca do artigo 33 da referida lei de drogas, podendo-se concluir sobre a relevância frente às inovações nas decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade; Drogas; Artigo 28 da lei.

ABSTRACT: This article focuses on the study of article 28 of the drug law nº11.343/2006, since the recurrence of the aforementioned criminal type demonstrates the need and relevance of the study and discussion on the subject, mainly in relation to its constitutionality, analyzed in accordance with the principle of supremacy of the public interest, considering that the theme deals with conflict of principles, which must be analyzed with consideration, taking into account the principle of proportionality when choosing the superposition of one over the other. It will be approached even briefly, the history of drug law in Brazil covering the beginnings of the prohibition of narcotics for the understanding of the current legislation. Thus, exploratory research was carried out, with qualitative and quantitative analysis and bibliographic research, using specific material in the publication of scientific articles. A study was also carried out on article 33 of the aforementioned drug law, and it was possible to conclude on the relevance of innovations in judicial decisions.

KEY-WORDS: *Constitutionality; drugs; Article 28 of the law.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata-se de uma análise crítica sobre a constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas nº 11.343/2006, que decorre da tipificação da aquisição, guarda, armazenamento e o transporte para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pelo presente estudo, buscou-se avaliar a constitucionalidade da tipificação anexada na lei 11.343/2006, comparou-se as teses formuladas no âmbito da doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

O estudo se mostra de grande importância, pois é tema de recorrentes discussões acerca da eficácia de medidas perfilhadas nas políticas de prevenções de drogas na América Latina.

Analisou-se que as drogas são, por vezes, responsáveis pelo ingresso no mundo do crime, de modo que os usuários se valem do crime para sustentar seu vício, considerando o crime de drogas pode colocar em risco a saúde pública.

Por fim, explorar-se-á as consequências que os entorpecentes trazem não só para seus usuários, familiares, pessoas próximas, mas também as consequências para o meio social, afim de demonstrar a necessidade da manutenção da constitucionalidade do referido artigo.

2 HISTÓRICO DA LEI DE DROGAS NO BRASIL

O marco histórico inicial sobre a tutela dos delitos envolvendo entorpecentes, pode ser datado de meados do século XX com as recomendações introduzidas pela convenção internacional do Ópio (Haia, 1912), o Brasil, assim como boa parte dos países do Mundo, iniciou os esforços para reduzir a demanda e oferta de entorpecentes. Sendo assim, consta nos primeiros registros de legislação referente às drogas existentes no Brasil, que surgiram durante as Ordenações Filipinas em seu Livro V, Título LXXXIX, versando-se “que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem a venda nem outro material venenoso” (BATISTA, 2014. pg 59-61).

Posteriormente ao referido tratado, existiu o Código Criminal do império em 1830, sancionado por Dom Pedro I, que não abordou o tema relacionado a drogas. Apenas o Decreto nº 828 de 29 de setembro de 1851, abordou a temática, pois tratava sobre a polícia sanitária e o comércio de substâncias medicinais. Até o código penal republicano de 1890, não houve legislação de nível nacional atinente à matéria. O referido código, abordava o tema como crime em seu artigo 159: “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários” (CARVALHO, 2014).

Na sequência, passou-se a tutelar os crimes envolvendo entorpecentes na República Federativa do Brasil em 1912 após a conferência internacional do Ópio foi averbado o Decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro de 1915:

Approva as medidas tendentes a impedir o abuso crescente do opio, da morphina e seus derivados, bem como da

cocaina, constantes das resoluções aprovadas pela Conferencia Internacional de Opio, realizada em I de Dezembro de 1911 em Haya (BRASIL, 1915).

Segundo Nilo Batista, (1997) a política de drogas no Brasil começou neste momento a obter um formato mais definido, no “modelo sanitário”, o qual se predominaria até meados da década de 50.

O modelo sanitário caracterizava-se primeiramente, em relação ao consumidor de drogas, pela utilização de técnicas higienistas com a atuação de autoridades policiais, sanitárias e judiciais, onde o dependente era tratado como doente através de métodos similares aos utilizados nos casos de febre amarela e varíola, época na qual este indivíduo não era criminalizado, mas estava sujeito a internação compulsória mediante decisão judicial acompanhada de parecer médico (SILVA, *APUD*, FRANÇA, pg. 81. 2018).

Este modelo (sanitário), em relação ao tráfico, possuía influência principalmente no que dizia respeito à importação de substâncias entorpecentes, as quais eram regularmente comercializadas por farmácias – durante as décadas de 1920 e 1930, houve intensa produção legislativa no intuito de normatizar a entrada e comercialização das mesmas, onde a importação das substâncias proibidas sem o referido certificado de importação acarretaria em crime de contrabando (BATISTA pg 81, *APUD*, FRANÇA 2018).

Em 1932, através do decreto nº 20.390, começa a surgir uma nova tutela sobre a matéria, expandindo-se o prévio artigo 159 do código de 1890 para abarcar uma nova gama de condutas. Substâncias entorpecentes entram no lugar de substâncias venenosas e à pena de multa é adicionada a pena de prisão. Nestes moldes começou a se delinear um novo modelo repressivo de drogas no Brasil (CARVALHO, pg. 59-61. 2014).

O Decreto nº 24.505, de 1934, alterou alguns dos dispositivos do decreto supracitado, inserindo disposições como: as receitas teriam de ser grafadas em “caracteres legíveis”, deveriam ainda ser identificados o nome e a residência tanto do médico quanto do enfermo, a serem lançados em “papel oficial” fornecido gratuitamente pela repartição sanitária local.

Além da Convenção do Ópio, há outras três convenções que valem ser mencionadas, vez que influenciaram fortemente a legislação interna. São elas: o

Acordo de Genebra, de 1925, e as outras duas conferências realizadas também em Genebra, em 1931 e 1936.

O Código Penal de 1940, que, de acordo com Nilo Batista:

confere à matéria uma disciplina equilibrada, não só optando por descriminalizar o consumo de drogas, mas também com um sóbrio recorte dos tipos legais, observando-se inclusive uma redução do número de verbos em comparação com o antecedente imediato [...] redução tanto mais admirável quanto se observa a fusão, no art. 281, CP, do tráfico e da posse ilícita no mesmo dispositivo (1998, pg. 137).

Sobre este artigo, em seu capítulo III, “Dos crimes contra a saúde pública”, definia o tipo do crime de “comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes”, como escrito:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis (BRASIL, 1940).

É perceptível que o legislador unificou, num só crime, o tráfico e o porte pessoal de drogas, descriminalizando o uso, apesar de que o legislador à época

retomou a técnica da norma penal em branco nas leis de drogas, o que denota a intenção de impor um controle mais rígido sobre o comércio de drogas ilícitas, por meio da utilização de fórmulas genéricas e termos imprecisos, ampliando seu significado (BOITEUX, *Apud* VASCONSELOS. pg 16. 2014).

Isso demonstra a intenção do legislador em continuar a tratar o usuário de drogas como doente, seguindo à risca o modelo sanitário, ao mesmo tempo em que tenta criminalizar o comércio de drogas.

3 DO CRIME DE POSSE DE DROGAS, ART. 28 DA LEI 11.343/06

Com a evolução legislativa e a surge a Lei nº 11.343/06 que é responsável por tutelar delitos envolvendo tráfico de drogas e condutas afins, passando

por mudanças significativas em relação a distinção entre o usuário de drogas (previsto no artigo 28 da Lei) para o traficante (previsto no artigo 33 da Lei).

A começar por seu artigo 28 o qual define o crime de usuário de drogas e tem a seguinte redação em seu tipo penal:

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.

De uma mera leitura, é possível identificar a existência de verbos nucleares do tipo penal que constam tanto no crime de uso quanto no crime de tráfico, como por exemplo, os verbos adquirir, transportar, guardar, trazer consigo, etc.

Há de se destacar que para a caracterização do consumo pessoal deve-se considerar a natureza, a quantidade da substância entorpecente e a forma onde ocorreu a apreensão (TJDF,2020).

O enquadramento deste tipo penal não se limita pura e simplesmente a quantidade da droga apreendida em posse do autor, mas sim por exclusão em razão das características elementares de traficância, quais sejam, o fracionamento da droga,

dinheiro em notas diversas, local conhecido como ponto de traficância, dentre outras coisas.

O que se percebe deste modo, é que o referido artigo é a principal mudança da nova lei de drogas, que não tem como cominação uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e sim um método educacional para a sua repressão, conforme leciona Renato Brasileiro:

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos (2020, pg. 1022).

A justificativa do legislador seria a de inserir uma diferenciação do usuário para o traficante, sob o argumento de que o usuário é uma vítima das drogas, e a privação de sua liberdade em nada o ajudaria, focando assim na recuperação do usuário e não em puni-lo, neste sentido, confira-se o teor do Parecer 846 de 2002, de relatoria do Senador Sérgio Cabral, na análise do projeto de lei que criou a lei 11.343/06:

O maior avanço do projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como a dependência de álcool, tranquilizantes, cigarro, entre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que, quando pego em flagrante, o usuário, em geral, tentará corromper a autoridade policial diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer (CABRAL,2006).

Ademais, o crime de posse de drogas para uso pessoal, devido a inexistência da imposição de pena de reclusão ou detenção aplica-se o princípio da proporcionalidade, não podendo ser sopesado como eventual condenação anterior para fins de reincidência.

Referido entendimento trata-se de assunto já pacificado na jurisprudência, conforme posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA POR TER SIDO FUNDAMENTADA EM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ACOLHIMENTO. POSSE PARA CONSUMO PESSOAL NÃO CONFIGURA REINCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. READEQUAÇÃO DA PENA. CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NÃO ACOLHIMENTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TJPR - 5ª C.Criminal - 0031961-69.2022.8.16.0000 - Andirá - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU HUMBERTO GONCALVES BRITO - J. 25.08.2022) (TJPR,2022).

Deste modo, o réu que estiver sendo condenado por outro crime, na dosimetria de pena o juiz não poderá considerar para fins de reincidência o crime do artigo 28 da Lei 11.343/06.

O tipo penal em estudo é de perigo abstrato, ou seja, não se exige um efetivo resultado/lesão da conduta, portanto, é desnecessária a comprovação de perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico assim como, por exemplo, o crime do artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro.

Vale destacar que, apesar do crime do artigo 28 não possuir uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, o entendimento da Suprema Corte é de que não se aplicaria o princípio da insignificância (STF, 2011).

O intuito do legislador foi o de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.

Dentre as sanções impostas, tem-se as penas de prestação de serviços e a medida educativa que, em regra, tem prazo máximo de aplicação de cinco meses, podendo este ser estendido a até dez meses, caso o agente seja reincidente na qualidade de usuário. Destaca-se que há discussão acerca do termo “reincidência” para fins de extensão do prazo de aplicação das penas alternativas, em caso de descumprimento injustificado de quaisquer das penas impostas, o parágrafo sexto do artigo 28 permite a submissão do agente à pena de multa ou admoestação verbal.

Pontua-se que descumprida a sanção imposta, não será possível em nenhuma hipótese a conversão da pena em prisão, mas sim a tomada de providências coercitivas em busca do cumprimento da pena (NUNES JUNIOR, ALVES, 2014, pg. 244).

Portanto, conclui-se que a principal inovação em relação a Lei de drogas é a distinção através da imposição de tipos penais diversos entre usuário e traficante, além da nova conduta do artigo 28 de modo que o usuário tem uma sanção cominada diferente da antiga redação, bem como, as características peculiares do crime de posse de drogas por não possuir pena restritiva de liberdade nem privativa de direitos, além da vedação de usá-la como condenação anterior transitada em julgado para fins de reincidência, ou seja, trata o usuário como questão de saúde pública.

4 DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS ARTIGO 33 *CAPUT* DA LEI 11.343/06

O crime de tráfico de drogas previsto na lei 11.343/2006, visa a proteção da saúde pública, e tem como tipificação penal a seguinte redação:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz

consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Conforme mencionado anteriormente, tanto o crime de posse de drogas quanto o de tráfico ilícito de drogas possuem verbos nucleares do tipo penal semelhantes. Ao todo são dezoito condutas, e todas elas possuem o complemento *ainda que gratuitamente*, ou seja, sem a cobrança de qualquer preço ou valor, portanto é irrelevante a obtenção de lucro ou não (BRASILEIRO, 2020, pg. 1052).

Trata-se também de crime de perigo abstrato, baseado em regras de experiências sólidas e estruturadas apontando para a necessidade de se proibir determinada conduta, pois a sua prática envolve o perecimento de bens considerados indispensáveis à vida em sociedade (NUCCI, 2013, pg. 310).

A lei 11.343/06 trata-se de uma norma penal em branco heterogênea, ou seja, ao tipificar um crime, traz no seu corpo um preceito genérico, indeterminado e, sobretudo, incompleto. Por serem imperfeitas, portanto, as normas penais em branco precisam, necessariamente, receber algum tipo de complementação, e no caso das heterogêneas o complemento advém de instância legislativa diversa.

Deste modo, para definir o que seria droga é necessário verificar o seu enquadramento na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, que estabelece quais são os tipos de drogas ilícitas. Inclusive, está previsto na própria lei *vide* art. 66:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, 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 nº 344, de 12 de maio de 1998.

Desta maneira, a mera leitura do Art. 66 deixa claro a necessidade da complementação desta lei com a portaria 344/98 da SVS/MS.

Ademais, no §2º do artigo 33, com os verbos nucleares induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas, o agente que instiga outra pessoa a usar drogas pode ser enquadrado no referido artigo, ainda, pode ter a pena de detenção de um a três anos, no entanto, poderá ser aplicado o benefício da suspensão condicional do processo, ou ainda, poderá ser convertido a pena de privativa de liberdade em restritiva de direitos (artigo 44 do CP) conformes as situações possíveis (NUCCI, 2013, pg. 325).

Ademais, há a previsão da modalidade privilegiada do tráfico de drogas, podendo a pena ser reduzida de um sexto a dois terços, que deverá obedecer à alguns requisitos específicos previstos no §4º do artigo 33, quais sejam, o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A respeito da materialidade do crime de tráfico de drogas, por se tratar de crime não transeunte, ou seja, aquele que deixa vestígios materiais, sendo, portanto, indispensável a realização do exame de corpo de delito direto ou indireto, conforme previsão do artigo 158 do CPP (MASSON, 2018, pg. 61).

Deste modo, para lavratura do auto de prisão em flagrante ou eventual oferecimento de denúncia é suficiente a confecção do laudo preliminar de constatação de droga, toda via, para a condenação do réu é imprescindível o laudo definitivo quando da prolação da sentença.

A ausência do laudo definitivo da droga pode incidir na absolvição do réu, porém, há exceções, é o que leciona Cleber Masson:

Excepcionalmente, todavia, mesmo que não conste dos autos o laudo definitivo, é possível a condenação do réu, desde que a materialidade do delito esteja evidenciada por outros meios de prova. Tanto é verdade que, pela literalidade do art. 167 do Código de Processo Penal, se não for possível a elaboração do exame de corpo de delito, em razão do desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. (2018, pg. 61)

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, de forma excepcional, admite a condenação por tráfico de drogas, ainda que ausente o laudo definitivo, devendo a condenação se basear em “extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal” (STJ, 2015).

Já em relação à dosimetria da pena, diferentemente dos crimes comuns, o tráfico de drogas possui circunstâncias judiciais que deverão ser consideradas no sistema trifásico da pena. Estas circunstâncias estão previstas no artigo 42 da Lei 11.343/06, que predominarão sobre as circunstâncias do artigo 59 do CP, pelo princípio da especialidade, que será analisada também a natureza da droga, a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (SILVA, 2016, pg. 104).

Conclui-se que para a caracterização da materialidade do crime de tráfico de drogas é imprescindível os laudos preliminares de contatação de droga, bem como o laudo definitivo, podendo na falta deste último, excepcionalmente, a comprovação através de outros meios de provas, como por exemplo, elementos de traficância no local do crime, balanças de precisão, dinheiro em espécie de diversas notas, serem suficientes para supri-lo.

5 DO DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

Considerando que, está em discussão no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, a respeito da (in)constitucionalidade do referido artigo, com o fundamento na violação dos princípios constitucionais da

intimidade, da vida privada e também o princípio da alteridade, autuado sob o Recurso Extraordinário nº 635.659.

O presente estudo visa demonstrar a constitucionalidade do crime de uso de drogas, sob a ótica do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que a matéria versa sobre conflito de princípios, a qual uma deve preponderar sobre a outra.

Sobre o tema, existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam. Conforme entendimento doutrinário:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores (MARMELSTEIN, 2008, pg 386).

Após a atribuição de pesos, será necessário decidir qual intensidade com que esse grupo de normas deve prevalecer no caso concreto. “Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade”, como ensina Barroso (2009, pg. 335).

Adentrando no tema de drogas, o Brasil é o ranking número 1 do mercado global do “crack”, e o segundo maior de cocaína, conforme resultado de pesquisa do Instituto Nacional de Pesquisa de Políticas Públicas do Álcool e Outras Drogas (INPAD), da Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP (REVISTA ÉPOCA, 2012).

Dos dados obtidos pelo Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisional e sobre Drogas – SINESP – houve no ano de 2018 em torno de 71.569 registros de ocorrências envolvendo tráfico de drogas, já em 2019 este registro saltou para 92.336 ocorrências (SINESP, 2020).

Em uma análise global, segundo o *World Drug Report 2020*, realizado através da UNODC, a elevação dos usuários de drogas da população mundial passa de 210 milhões do ano de 2009 para 269 milhões em 2018. (SISNAD, 2021).

De acordo com QUEIROZ, 2005, uma boa política social é a melhor política criminal, de modo que não se aplicaria o direito penal, utilizando-o efetivamente como uma *última ratio* para solução de conflitos, e tratando este conflito com políticas sociais e de conscientização de massa.

Assim, continua Queiroz (2005 p. 120-121):

prevenir comportamentos delituosos nem sempre significa, portanto, apelar para o direito penal, uma vez que, não raro, suas intervenções se revela criminógenas, contraproducente aos fins visados. Prevenir significa, em tais casos, contrariamente, renunciar a intervenção jurídico-penal, pois que se carece de adequação lógica entre meio e fim. Exemplo desse efeito contraproducente ou criminógeno da pena é a política de controle do tráfico ilícito de entorpecentes e da contravenção penal, porque a violência inerente a tais atividades é, em verdade, fruto da intervenção penal mesma. A abolição do direito penal em tais atividades e noutras tantas é uma exigência da racionalidade, que deve sempre presidir os atos do Estado. É uma exigência da necessidade da prevenção mesma.

Ainda, segundo o antropólogo Soares, afirma que combater o comércio ilegal de drogas não é difícil e sim impossível:

Os últimos 30 anos da história ocidental comprovam que é impossível combater o tráfico de drogas, [...] não se trata de uma opinião, mas de constatação empírica, [...] foram gastos bilhões de dólares na guerra contra as drogas e o tráfico vai muito bem, obrigado. O lucro permanece, a demanda se mantém mesmo nos países que possuem as melhores polícias e os mais sofisticados mecanismos de controle, como os Estados Unidos. Alguns fatores viabilizam a expansão do tráfico de drogas, como a criminalização e a proibição, sem a qual poderia realizar-se esse comércio em condições tão lucrativas e tão predatórias para o consumidor. [...] Todo negócio, legal ou ilegal, é motivado pela busca do lucro e é viabilizado pela existência de oferta e demanda. No caso do tráfico, o fator que fomenta é a proibição. Sobre a razão da dificuldade (ou impossibilidade, fora dos totalitarismos) de reprimir, posso responder com outra indagação: por que os EUA venceram a guerra-fria? Entre os motivos, destaca-se a inviabilidade de anular o mercado quando há demanda e oferta. Pode-se disciplinar o mercado, regulamentá-lo, domesticá-lo e circunscrevê-lo, submetendo-o a regras, etc. Porém, suprimi-lo é um objetivo insustentável. Na economia das drogas ilícitas, aplica-se o mesmo princípio. Eis a evidência: o acesso às drogas ilegais é uma realidade em toda sociedade não totalitária industrializada. Ora, se esse é o fato e se é impossível revogá-lo, a interrogação racional deixa de ser “deve-se ou não permitir o acesso” para formular-se nos seguintes termos: “Em que contexto institucional-legal seria menos mal que tal acesso ocorresse? O contexto em que drogas fossem questão relativa à polícia e prisão, isto é, à Justiça criminal? Ou o contexto em que drogas fossem matéria de educação e saúde, cultura e autogestão social? A primeira via tem sido experimentada pelo Brasil com

resultados trágicos: o consumo de drogas não declina, o tráfico prospera, alimentando o negócio de armas, a corrupção policial e gerando mortes e violência, enquanto as prisões acumulam jovens pobres, com baixa escolaridade, em sua maioria sem vínculo com armas ou organizações criminosas e sem praticar violência. Essa via tem se mostrado inequívoco desastre. Resta-nos superar preconceitos e ignorância, e adotar vias alternativas. O pior flagelo, entre as drogas, são o álcool e a nicotina. Mesmo assim, ninguém está propondo, felizmente, sua proibição.

Segundo o Luiz Flávio Gomes, alinha neste mesmo raciocínio que o direito penal deveria ser tratado como uma última intervenção:

De um lado, não há como abandonar totalmente a repressão. Mas a cada dia se nota que isso só parece ter sentido quando o tráfico é dirigido a menores ou incapazes. Todo tipo de repressão ao tráfico entre adultos tende a ser um insucesso. Deve ser controlado e desestimulado, não há dúvida, mas não se pode confiar na repressão. De outro lado, o que vale em matéria de drogas é a conscientização da população em relação aos efeitos nefastos. Quem alimenta o tráfico é o usuário, logo, pouco adianta prender um ou outro (que será sempre substituído em sua área com prontidão), se a demanda continua alta. A velha lei do mercado diz: onde há procura há oferta! Temos que procurar diminuir o número de usuários (mas jamais jogando qualquer carga punitiva sobre eles, que são vítimas, não criminosos). [...] não há outro rumo mais lúcido que descriminalizar as drogas, retirando do direito penal algumas condutas, reservando para o mínimo necessário.

Feitas as argumentações supra referente as drogas no Brasil, através destes dados passa-se a analisar a respeito de eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 trarão à sociedade.

Analisando sob uma perspectiva positiva da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28, a primeira coisa a ser considerada é a *abolitio criminis*, ou seja, se tornará um fato atípico penalmente.

Em defesa da inconstitucionalidade do artigo 28 Luiz Flávio Gomes admite que deve ocorrer a intervenção do direito penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real, o qual ultrapassa em abrangência outras categorizações, grave, ou significativa e intolerável ao em jurídico tutelado, deste modo, sob a análise do princípio da ofensividade, não deve existir crime sem lesão ou perigo concreto de lesão, sendo inconstitucional os crimes de perigo abstrato, sendo assim, como o crime do artigo 28 não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal desta conduta (GOMES, 2013, pg. 122).

No mesmo raciocínio, Maria Lúcia Karam se baseia no fato de que o porte de drogas para consumo pessoal numa condição em que não envolva perigo concreto, imediato e direto para terceiros, não afeta de modo algum nenhum bem jurídico tutelado, e que se deve respeitar a intimidade e as opções pessoais do indivíduo, portanto, o Estado não poderia intervir no âmbito da intimidade e da vida privada do agente, desde que não afete direito de terceiros. (KARAM, 2006, pg. 07).

Se de um lado há argumentos de que deve ser declarado a inconstitucionalidade do artigo 28 por ferir o princípio da intimidade e da vida privada ou da liberdade da pessoa humana a sua liberdade de escolha, por outro, há a proteção da coletividade, baseando-se em um direito coletivo e não individual.

Na realidade, o crime do artigo 28 não visa a proteção da saúde do usuário, o qual, segundo argumentos equivocados viola o princípio da alteridade ou da transcendência, no entendimento de que seria o mesmo que punir a autolesão, porém não é o bem jurídico tutelado pelo crime de posse de drogas para uso, já que a mera posse do entorpecente gera risco para a saúde pública diante da possível difusão da droga, conduta esta que a política pública de drogas tenta coibir a todo custo. (BRASILEIRO, 2020)

Tais embasamentos também foram objeto de tese do parecer do Ministério Público Federal no recurso extraordinário 635.659, o qual argumentaram da seguinte forma:

No caso, o bem jurídico é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente de uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo (MPF, 2015).

Nesta linha, pode-se concluir que o uso ou posse de drogas afeta toda a comunidade, os usuários de drogas financiam grupos criminosos como o Primeiro Comando da Capital (PCC) indiretamente, pois, com o ato de realização de compra da droga o usuário estará aumentando o poder financeiro do crime organizado, sustentando a economia dessas facções e contribuindo para a reposição de drogas ilícitas, poder bélico, etc. (ALVES, 2020).

Sendo assim, é possível observar o crime organizado em ascensão, sendo fortalecido em todo território nacional, tendo em vista que se beneficia de fatores crescentes de desigualdade social e econômica, além das limitações do poder público em seu combate (ALVES, 2020).

Neste mesmo sentido, o doutrinador Renato Brasileiro tem o seguinte posicionamento:

Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente (2020, pg. 1026).

Corroborando o posicionamento de Renato Brasileiro, segue abaixo trecho do acórdão proferido pelo relator Aroldo Cedraz:

Além dos problemas relacionados à organização e violência gerados diretamente pelo comércio ilegal das drogas, essa atividade fomenta e incentiva outros tipos de atividades criminosas, como homicídios, motivado pelas brigas entre facções; lavagem de dinheiro, na tentativa de incluir o dinheiro gerado pelo tráfico na economia formal; corrupção, pela necessidade da vista grossa do agente público e tráfico de armas, que garante o poder bélico das organizações criminosas e que resultam no aumento geral da criminalidade e reforçam a necessidade de enfrentamento do problema pelo poder público (TCU, 2012).

Ainda, contrapondo argumentos em favor da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 por conta de suposta ausência de lesividade à sociedade, não é o que ocorre, as situações fáticas reais se mostram evidentes, o sofrimento das famílias dos usuários abusivos/dependentes, pois vivenciam o

sofrimento diário de convívio com entes dominados pelo uso de drogas ilícitas, de modo que para sustentar o vício vendem todos os bens do ambiente familiar, venda do próprio corpo para sustentar o vício, além de consentimento de delitos (MPPR, 2015).

Por fim, Vicente Greco Filho ressalta o perigo do porte de droga para consumo pessoal:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno (GRECO, 1987, pg. 113.)

Concluindo-se assim a efetiva necessidade da manutenção da constitucionalidade do artigo 28, tendo em vista que como já demonstrado, é um crime de perigo abstrato, o qual transcende a esfera pessoal do usuário atingindo toda a coletividade, eis que o risco de propagação/difusão do entorpecente pelo usuário vai em desencontro com a própria política pública sobre drogas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da pesquisa pode-se concluir que o argumento utilizado no recurso extraordinário 635.659, de que a posse de drogas para o uso fere o princípio da lesividade e da intimidade e da vida privada, não corresponde à realidade.

O entorpecente é capaz de causar dependência, que conseqüentemente, após certo tempo de consumo de droga, o usuário necessita ingerir uma quantidade cada vez maior para atingir o efeito desejado, e com o tempo, a compulsão o controla sem que o usuário consiga ter o autocontrole por completo.

Visando a resolução deste problema, o Estado criou a normativa penal do tráfico de drogas e posse de drogas para consumo pessoal, a fim de coibir a propagação dessas substâncias capazes de fazer de refém quem a usa.

Desta maneira, não se vê socialmente e juridicamente uma decisão sensata acerca da eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, basta analisar brevemente as possíveis consequências caso do referido artigo deixar de ser crime, seria como legitimar o uso de drogas que assolam milhares de pessoas no Brasil.

As drogas, por vezes, são responsáveis pelo ingresso no mundo do crime, usuários reféns das drogas, vivem principalmente de crimes patrimoniais para sustentarem o vício do entorpecente, é comum de se ver que após a subtração da *res furtiva*, fazem a troca dos objetos subtraídos em locais de vendas de drogas, chamados de "bocas de fumo", resultando em uma cadeia de ilícitos no Estado, de um crime de furto, gera um crime de receptação para aquele que adquire a *res furtiva* do usuário, e o usuário que financia o tráfico de drogas, movimentando e gerando gastos à máquina pública.

Portanto, considerando que o crime de posse de drogas para fins de uso, trata-se de um gerador de risco à saúde pública, por contribuir para o cometimento de outros crimes, bem como, incentivar diretamente o tráfico ilícito de drogas e financiar as organizações criminosas, pode-se concluir que, analisando as consequências são inúmeras, não só para o usuário, mas também para a coletividade, por esse motivo deve ser mantida constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, pelo fato de que a consequência do uso de drogas transcende da esfera individual para a esfera coletiva.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. p. 79 acesso dia 05/10/2022.

BOITEUX, Luciana. **"Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas"**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva São Paulo: IBCCRIM, 2014. Acesso em 11/10/2022.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: Acesso em: 11/10/2022. BRASIL. Decreto n° 11.841, de 10 de fevereiro de 1915. Disponível em: Acesso em: 11/10/2022.

BRASILEIRO, Renato de Lima, **Legislação Criminal Especial comentada**, 8. ed. juspodivm, 2020 acesso em 11 out. 2022.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. **A emergência da política mundial de drogas: o Brasil e as primeiras Conferências Internacionais do Ópio**. Disponível em: Acesso em: 11 out. 2022.

CONAD, **Análise executiva da questão de drogas no Brasil**, https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/aeqdb___analise-executiva-da-da-questao-de-drogas-no-brasil___versao-final.pdf, acesso em 20 out. 2022.

MACIEL NETO, ALUÍSIO A., **Descriminalização ou Desumanização?**. [Disponível em: https://mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Noticias_da_Imprensa/13_08_2015_S_PDM_Descriminalizacao_ou_desumanizacao.pdf](https://mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Noticias_da_Imprensa/13_08_2015_S_PDM_Descriminalizacao_ou_desumanizacao.pdf), Acesso em 20 out. 2022.

COUTO, Cleber. SILVA, Túlio Leno Góes. **A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas**. Disponível em: <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-in-constitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-droga>. Acesso em 20 out. 2022.

PORTAL LEGISLAÇÃO. **Livro V - Ordenações Filipinas - Título - LXXXIX - Que ninguém tenha em sua casa rosálgar, não o venda nem outro material venenoso**. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209334-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-lxxxix-queninguem-tenha-em-sua-casa-rosalgar-nao-o-venda-nem-outro-materialvenenoso.html>. Acesso em 05 out. 2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Decreto nº 2.861, de 18 de Julho de 1914**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2861-8-julho-1914-575437-publicacaooriginal-98630-pl.html> acesso em 05/10/2022. Acesso em 05 out. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008

MASSON, Cleber, **Lei de drogas, aspectos penais e processuais**, Método, 2019.