

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE USO DE DROGAS

Marcela Karoliny Alves Silva ¹; Ana Cristina Magalhães Araújo ²

¹ Estudante de Direito, 6º período; Centro Universitário de Itajubá/MG –FEPI; marcela.kas@live.com.

² Professora Especialista de Direito Penal; Centro Universitário de Itajubá/MG –FEPI, anacristina.magalhaes@hotmail.com

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal analisa um recurso extraordinário que pode definir se o porte de drogas para consumo próprio deixará de ser considerado crime no país. O recurso nº 635659 (Francisco Benedito de Souza X Ministério Público do Estado de São Paulo) chegou ao STF em 2011 e está sendo discutido no Supremo neste mês de agosto de 2015, o que não impede de haver sobrestamento no julgamento e outras sessões para análise e discussão do tema tão polêmico. Iremos neste artigo fazer uma breve análise a tese da Defensoria Pública de São Paulo, para termos uma visão eficiente e abrangente de uma decisão que trará um grande reflexo cultural, político e sociológico na sociedade brasileira. Revisaremos alguns conceitos e princípios basilares para compreensão do assunto. Deste modo o objetivo deste artigo é criar nas pessoas um espírito crítico, para a difusão do conhecimento e compreensão das matérias do direito que nos cercam todos os dias, e especificamente no caso presente propiciará condições de entendimento e posicionamento frente a um assunto tão discutido na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Descriminalização. Despenalização. Princípios. Conceitos.

INTRODUÇÃO

A previsão da conduta que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal encontra-se na Lei 11.343/06, mais precisamente no art. 28. O julgamento em andamento no STF analisa a situação do usuário de drogas, hoje é visto como um criminoso ainda que não haja previsão para a conduta de pena privativa de liberdade. Este recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que defende a tese da inconstitucionalidade do art. 28 da citada lei. Para a DPSP, o usuário de drogas não pode ser punido porque a conduta dele não afeta terceiros pessoas, sendo assim afeta exclusivamente ele mesmo. O Ministério Público do Estado de São Paulo é contra esta tese e defende que o usuário alimenta o tráfico, e que a conduta de quem *“traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social”* (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO)

DESENVOLVIMENTO

A lei de drogas foi criada visando à prevenção da propagação e difusão das drogas na sociedade, através da criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).

Inicialmente devemos conceituar o que é droga. Droga é toda substância capaz de causar dependência, assim reconhecida em lei ou listas atualizadas pelo Executivo Federal, nos termos do parágrafo único do art. 1º da lei 11.343/06.

O que está sendo discutido é que hoje o usuário de drogas é considerado como um delinquente mesmo sem pena privativa de liberdade, já que são previstas penas alternativas à prisão. Ora, o **uso** de drogas é fato atípico porque entre as condutas previstas no artigo 28 da lei não se encontra a conduta de usar. Para o jurista Luiz Flávio Gomes se o fato é atípico, com certeza, não será antijurídico do ponto de vista penal. E a essa conclusão se chega tendo em vista a relação entre tipicidade e antijuridicidade no Direito penal. Primeiro deve se verificar se o fato é típico para somente depois examinar sua ilicitude. Ou seja, sem tipicidade penal não há que se falar em antijuridicidade. Destarte, quem usa droga, trazendo consigo, não responderá propriamente pelo uso, mas sim pelo porte obtendo então tipicidade penal, nos termos do referido artigo:

Art. 28 – Porte de Droga para consumo pessoal: 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.

Analisando o artigo 28 da Lei 11.343/06, podemos observar que trata-se de crime comum, pois o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa porque não se exige qualidade especial do agente, o sujeito passivo direto é a coletividade – a vítima, enquanto titular do bem jurídico protegido a saúde pública e por fim o Estado sendo o sujeito passivo indireto.

Para entendermos do que se trata o recurso em tramitação no STF, é importante diferenciarmos descriminalização, legalização e despenalização. Descriminalizar significa que a conduta deixou de ser crime, legalizar a conduta passou a ser lícita – permitida – e por fim despenalização denota que não haverá pena privativa de liberdade para a conduta, todavia a mesma não deixará de ser crime. Para melhor entendimento vamos utilizar um exemplo do professor e jurista Sandro Vergal.

O professor cita que adultério era crime no Brasil quando ocorreu o “abolitio criminis” em 2005, no entanto, a conduta não foi legalizada, somente descriminalizada. Ora, a conduta continua sendo um ilícito civil já que o artigo Art. 1.566, I do Código Civil estabelece que é dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca. Portanto, o adultério é um ilícito civil apesar de não ser mais um ilícito penal.

O entendimento minoritário entende que o artigo 28 da referida lei, descriminalizou a conduta do porte de drogas, em função da ausência das penas de prisão simples, reclusão ou detenção, já que o Decreto - Lei nº 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941. (Lei de Introdução ao Código Penal) dispõe que:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para o ilustre Luiz Flávio Gomes, no entanto, trata-se de uma infração penal “sui generis”.

Contudo, o STF no RE 430105 QO/RJ relatado pelo Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que não houve a descriminalização da conduta, mas sim despenalização da conduta, pois a própria lei de drogas diz que é crime, apesar de não haver previsão de pena privativa de liberdade de qualquer espécie nestes termos:

“De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.”

(...)

A norma contida no art. 1º do LICP - que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária - se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da "privação ou restrição da liberdade", a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela "lei" (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). (STF - Informativo Nº 465 DE30 de abril a 4 de maio de 2007)

Hoje a doutrina majoritária fala em descarcerização ou desprisonalização.

Este recurso que estamos estudando foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo que defende a tese da não criminalização do uso de drogas que deriva do Princípio da Alteridade, que veda a incriminação de conduta puramente individual ou que não ofenda a nenhum bem jurídico. Em outras palavras o usuário não pode ser punido porque a conduta dele não afeta terceiros pessoalmente ele mesmo, um exemplo: a tentativa de suicídio. O Direito Penal somente pode proteger condutas direcionadas à lesão de direitos alheios.

Além disso a DPSP se baseia, principalmente no entendimento da inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06, visto que o mesmo ofenderia o princípio constitucional da proteção da intimidade e da vida privada do cidadão expresso no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal:

Art. 5º, X, CF - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Com este aspecto geral sobre a lei de drogas, vamos agora avaliar ligeiramente alguns períodos históricos que proibiu a utilização e porte de drogas no país. Um grande momento foi a Era da Proibição – A Lei Seca Americana - que se deu por ato legal que proibia a produção, transporte e venda de álcool ou bebida alcoólica nos Estados Unidos. Com esta proibição, a violência ligada ao contrabando acabou ocupando e alargando o espaço de todos os crimes ligados ao consumo de álcool.

A emenda 18 foi revogada da Constituição Federal Americana, sendo a única até hoje, sendo considerada um fracasso do ponto de vista prático. Tal lei e sua posterior revogação demonstrou que a criação de leis que atingem a liberdade individual é uma matéria de grande delicadeza. A Lei Seca não aconteceu apenas nos Estados Unidos. Muitos países aderiram a

ela como o Canadá, México, Austrália, Nova Zelândia, Islândia, Noruega, Hungria e até a Finlândia.

Já se considerado o tratamento jurídico das drogas, e a constitucionalidade da criminalização do porte para consumo pessoal, vemos que em agosto de 2009 a Suprema Corte Argentina declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 23.737 daquele país. O dispositivo punia criminalmente pessoas que fossem flagradas com quantidades pequenas de drogas, supostamente para consumo pessoal. Os ministros entenderam com base em tratados internacionais, que o direito à privacidade impede que as pessoas sejam objetos de ingerência arbitrária ou abusiva na esfera privada. Nas palavras do ministro Ricardo Lorenzetti:

“O artigo 19 da Constituição Nacional constitui uma fronteira que protege a liberdade pessoal frente a qualquer intervenção alheia, inclusive a estatal. Não se trata apenas de respeito às ações realizadas na esfera privada, senão a de reconhecimento de um âmbito em que cada indivíduo adulto é soberano para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja”.

De acordo com o voto do Relator do Recurso Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“Na Argentina, a Corte Constitucional reconheceu, em 2009, a incompatibilidade da norma penal com a garantia da intimidade prevista na Constituição, além da ineficácia da política de criminalização”.

Em 2014 no Relatório Mundial sobre Drogas, elaborado pelo Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UNODC), dispôs que os objetivos na luta mundial contra as drogas não foram cumpridos e já sugeriu a descriminalização do consumo de drogas. Para UNODC a descriminalização do consumo de drogas pode ser uma forma eficaz de ‘descongestionar’ as prisões, redistribuir recursos para atribuí-los ao tratamento e facilitar a reabilitação.

Pesquisas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo demonstram que em nenhum país que legalizou o porte de drogas para consumo pessoal houve explosão de tráfico ou de consumo.

Por fim, devemos considerar que o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes defende que o artigo 28 da Lei 11.343/06 deve ser considerado inconstitucional pelas razões apresentadas e pela incompatibilidade com o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, além de acreditar que a criminalização da conduta é incompatível com o objetivo da lei de reinserção do usuário, já que considera o mesmo um criminoso, que, como tal, é estigmatizado e passa a ser alvo do preconceito pela sociedade. O Ministro defende porém, a manutenção das medidas

previstas no artigo, passando as mesmas a terem um caráter administrativo, e não mais penal.

CONCLUSÕES

Com todo aspecto histórico abordado, podemos concluir sobre a tese da DPSP, que a esfera penal tem sido instrumento de punição que quase nunca se traduz em uma pena efetiva, nem em efetiva redução ou prevenção do uso de drogas. Também aponta que hoje há um grande gasto de esforço, dinheiro e tempo da polícia, com situações que devem ser consideradas como de saúde pública e de assistência social.

Sendo assim, no nosso entender, o Poder Público deve assegurar uma política efetiva contra o tráfico de drogas e adotar medidas preventivas de saúde, como informações e campanhas educativas, contra o consumo de drogas, voltadas aos grupos mais vulneráveis. Retirando toda responsabilidade da esfera criminal e consequentemente a falsa garantia de segurança da repreensão penal.

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar Ferreira, voto proferido no julgamento do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

United Nations, June 2014. All rights reserved worldwide. ISBN: 978-92-1-148277-5 e 978-92-1-056752-7. United Nations publication, Sales No. E. 14. XI. 7

CONJUR. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2015

<http://www.conjur.com.br/2009-ago-31/leia-decisao-argentina-descriminaliza-porte-droga-uso-proprio>. Acesso em: 20 de agosto de 2015

HISTORIA DO MUNDO. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/lei-seca.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2015

MIXOLOGY NEWS. Disponível em: <http://www.mixologynews.com.br/2012/o-que-a-proibicao-americana-causou-nos-eua/>. Acesso em: 18 de agosto de 2015