

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

Raysa Lima da Conceição

**A DESPENALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO  
PESSOAL: ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06.**

Rio de Janeiro

2022.1

**A DESPENALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL:  
ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06.**

**THE DECRIMINALIZATION OF DRUG POSSESSION FOR PERSONAL  
CONSUMPTION: AN ANALYSIS OF ART. 28 OF LAW 11.343/06.**

Raysa Lima da Conceição  
Bacharelanda em Direito do Centro Universitário São José

ORIENTADOR: Sergio Expedito Machado Mouta  
(Professor e Mestre em Direito)

**RESUMO**

Esta pesquisa tem como objetivo explorar sobre a despenalização ou não do usuário de drogas. Esse estudo é relevante por ser um tema relevante para a saúde pública e para a problemática jurídica, no tocante ao usuário de drogas e o tipo penal. O artigo teve como método a pesquisa bibliográfica, que através do suporte teórico de doutrinadores, será construído o corpo textual.

**Palavras-chave: saúde pública, penalização de usuário de drogas e e legislação penal.**

**ABSTRACT**

This research aims to explore whether or not to decriminalize the drug user. This study is relevant because it is a relevant theme for public health and for legal issues, regarding the drug user and the criminal type. The article had as method the bibliographical research, that through the theoretical support of doctrinaire, will be built the textual body.

**Keywords: public health, penalization of drug users and criminal legislation.**

Rio de Janeiro

2022.1

## INTRODUÇÃO

As penas fixadas no art. 28 da Lei nº 11.343/06, que penaliza quem adquire ou guarda consigo droga para consumo pessoal, geram debate no Direito Penal.

Existe a questão se aconteceu uma descriminalização ou despenalização, já que a lei só previu penas restritivas de direito de advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa, não havendo a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, diferentemente do que era estabelecido no dispositivo equivalente à conduta do Código Penal anterior.

A indagação que se faz no presente estudo é se houve a despenalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal. A pena aplicada ao indivíduo que infringe o art. 28 da Lei 11.343/06 ocorreu uma posição jurisprudencial mais branda quanto a sua interpretação em relação ao dispositivo correspondente da lei anterior, portanto, assim levantando-se a suposição de que tenha ocorrido a despenalização da conduta do dispositivo.

Raúl Cervini (2002, p.81-82), arguiu que há a predominância em nações europeias de ocorrer a despenalização ou a descriminalização. Embora o autor não consiga destacar um conceito único de descriminalização, o termo seria similar ao de condutas emprestadas do Direito Penal. Então, o conceito seria dividido em descriminalização formal, descriminalização substitutiva e descriminalização de fato. O conceito de despenalização seria a diminuição da pena cominada a um delito sem tirar da conduta o caráter do ilícito penal (2002, p.85).

A problemática envolvendo o art. 28 da lei 11.343/06, bem como sua natureza jurídica, foi acolhida pela comunidade jurídica e social como sendo um caminho de descriminalizar ou despenalizar a conduta do indivíduo que porta substâncias entorpecentes. Já que foi revogada a Lei 6.368/76, nota-se uma aproximação e equivalência do artigo 28 da atual Lei Antidrogas com o artigo 16 da lei revogada.

Assim, este estudo, busca compreender dentro de um contexto histórico, a evolução da política criminal tanto no sentido de criminalização quanto no seu oposto: a descriminalização no que se refere ao usuário de drogas.

Seguindo a linha de raciocínio que de fato ocorreu, a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo próprio, Segundo Luiz Flávio Gomes (2017), considerando que a medida aplicada a tal indivíduo não é penal, a conduta então

deveria ser tipificada como sendo uma infração penal *sui generis*, que são aquelas que não recebem as penas previstas para os crimes e para as contravenções.

Realizando uma revisão geral da evolução histórica da fundamentação das penas, bem como suas funções e finalidades. Busca-se entender a Legislação nacional que objetiva combater o uso e tráfico de drogas, para tanto se faz uma análise das condutas de portar drogas para consumo pessoal e a de traficar drogas.

Levanta-se também a questão da estigmatização do usuário de drogas, visando discutir se criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal pode, por conseguinte, criminalizar o próprio usuário, estigmatizando-o.

## **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

### **LEGISLAÇÃO NACIONAL EM MEIO AO COMBATE ÀS DROGAS E A ESTIGMATIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS**

Preliminarmente será observada a conduta do usuário de drogas, estipulada nas Leis 6.368/76 e 11.343/06, fazendo-se uma analogia da conduta em ambas as leis. Após, será feito um brevíssimo estudo na questão do tráfico de drogas, com uma pincelada no art. 33 da Lei 11.343/06, discutindo-se também a prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas. Por fim, discute-se a estigmatização do usuário de substâncias entorpecentes.

A Lei n. 11.343/2006 não tipificou como crime o "uso indevido de droga". Conforme estabelece o art. 28 da Lei n. 11.343/2006: "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, portar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido as 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".

Apesar de que se tem conhecimento de que o uso de substâncias alucinógenas ilícitas ocorre faz muito tempo, muito antes mesmo da cognição do grau de dependências dessas substâncias, foi apenas no século passado que se deu uma atenção jurídica a referida matéria. Houve, a partir daí, um movimento no cenário internacional de tentar frear a circulação e a venda de substâncias destacadas como entorpecentes. É preciso frisar que a legislação que proíbe a

comercialização e o uso de substâncias entorpecentes é muito mais recente do que as normas que regulam outros crimes conhecidos no Direito Penal.

A efetiva prevenção é fruto do comprometimento, da cooperação e da parceria entre os distintos segmentos da sociedade brasileira e dos órgãos governamentais, federal, estadual e municipal, alicerçada na filosofia da "Responsabilidade Compartilhada", com a construção de redes sociais que visem a melhoria das condições de vida e promoção geral da saúde. A execução desta política, no campo da prevenção, deve ser descentralizada nos municípios, com o suporte dos Conselhos Estaduais de políticas públicas sobre drogas e da sociedade civil organizada, adequada as peculiaridades locais e priorizando as comunidades mais vulneráveis, identificadas por um diagnóstico. Para tanto, os municípios devem ser perquiridos a instituir, fortalecer e divulgar o seu Conselho Municipal sobre Drogas. As ações preventivas devem ser regidas em princípios éticos e pluralidadecultural, orientando-se para a promoção de valores voltados a saúde física e mental.

## **A ATUAL TIPIFICAÇÃO E A DISCUSSÃO SOBRE TER ACORRIDO ABOLITIO CRIMINIS**

A propostas pela atual Lei de Drogas determina saber se ocorreu ou não descriminalização, diante do tratamento penal conferido as condutas reguladas no artigo 28 (*caput* e §).

Luiz Flavio Gomes (2017) foi quem primeiro escreveu sobre o assunto. Entende o jurista que "o legislador aboliu o caráter 'criminoso' da posse de drogas para consumo pessoal", lastreando seu convencimento no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, em seu artigo 12, dispõe que: "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

O Supremo Tribunal Federal continua decidindo nesta mesma linha. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a conduta de portar droga para consumo pessoal, prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não perdeu seu caráter criminoso

O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, devido sua potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

O tipo que trata do delito de porte de entorpecente "tem caráter de exceção no sistema da lei, já que o escopo da maioria das disposições penais desta é, desenganadoramente, combater o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, ou que determinem dependência física ou psíquica. O referido artigo constitui, no conjunto das normas incriminadoras da Lei de Drogas, um caso especial, cuja razão fundamental é permitir tratamento diferenciado, de situação também diferenciada, qual seja, a do experimentador ou usuário eventual.

Sobre o artigo 28, *caput*:

*Adquirir* "significa alcançar a propriedade ou a posse, pouco importando a forma ou o meio: troca, doação, venda, etc." • *Guardar* compreende a ocultação pura e simples, permanente ou precária. *Ter em depósito* é manter a droga sob seu domínio, em condições de pronto alcance. *Transportar* significa levar de um local a outro. O agente pode transportar a droga para si ou para outrem, levando-a consigo, a pé, ou utilizando-se de veículo, aeronave, embarcação e mesmo de algum semovente.

Para ver configurada a conduta de *transportar*, não é necessário que o agente seja o condutor do veículo onde a droga está sendo transportada. Por exemplo: um agente que viaja em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, de uma cidade a outra, e transporta droga em urna mala que segue despachada e acondicionada em local distante daquele em que se encontra acomodado, portanto, longe de seu alcance de maneira a desautorizar afirmação de que "trazia consigo" a droga (junto ao corpo ou em condição de rápido acesso).

*Trazer consigo* quer dizer portar a substância; junto ao corpo ou mesmo acondicionada em qualquer compartimento que esteja ao alcance imediato do agente.

Em qualquer das modalidades previstas no artigo 28, *caput* e §, é necessário um especial fim de agir. A droga deve destinar-se "para uso próprio". Se for para o uso de terceiro resultará configurado o crime de tráfico, em conformidade com artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Também é necessário que se esteja a agir sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Havendo autorização ou, se a conduta estiver em conformidade com determinação legal ou regulamentar, é de rigor reconhecer a atipicidade.

Já no artigo 28, § 12: *Semear* é o mesmo que lançar, deitar (sementes) para fazer germinar, praticar a sementeira, distribuir sementes sobre a terra. Cultivar significa tratar a terra, revirando-a, regando-a, lavrar, plantar com cuidados especiais, promover o desenvolvimento de sementes, espécies vegetais, suas flores e frutos, Colher é o ato ou efeito de recolher produtos agrícolas. Apanhar é colher; ato de tirar, separando do ramo ou da haste flores, frutos, folhas etc.

Típica "atividade de subsistência", para a configuração da modalidade típica sob análise é preciso que o agente, *para seu consumo pessoal*, semeie, cultive ou colha plantas, destinadas a preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Trata-se da "plantação caseira", de diminuta proporção, para uso próprio. É bastante comum casos em que o agente planta e cultiva o pé-de-maconha em vaso, floreira ou outro pequeno espaço de sua residência, visando suprir o próprio consumo.

A aferição do que seja pequena quantidade caberá ao julgador diante do caso.

É imprescindível, antes de tudo, que o produto se destine ao consumo do próprio agente. Se a "plantação" for de porte razoável ou grande, de maneira a permitir a preparação de considerável quantidade, estará configurado crime de tráfico, em consonância com o artigo 33, § 12, II. Ainda que não se trate de quantidade alentada, porém estando demonstrada a destinação a mercadoria, também estará configurado crime de tráfico. Necessário notar, entretanto, que nem sempre haverá crime de tráfico no fornecimento de droga à terceira pessoa, e isso em razão do disposto de art. 33, § 3', da atual Lei de Drogas.

Admite-se, apenas na modalidade *adquirir*. É certo, entretanto, que já se decidiu em sentido contrário, nos seguintes termos: "O simples fato de tencionar alguém adquirir substância entorpecente e por-se os aprestos, sem, contudo, dar início a transação delituosa, não ultrapassa a zona cinzenta dos atos preparatórios, indiferentes sob o ponto de vista repressivo penal".

Em relação as modalidades do § 12 do art. 28, admite-se apenas a tentativa de *semear* ou cultivar. Haverá tentativa de semear na hipótese em que o agente

apenas preparou o local e foi surpreendido com as sementes sem princípio ativo, antes de lançá-las ao destino por ele pretendido. É possível identificar tentativa de cultivar, por exemplo, na hipótese em que o agente é surpreendido com um pequeno arbusto, broto ou muda de maconha, no momento em que preparava o local em que pretendia plantá-lo, até porque a simples posse de broto ou muda sem o princípio ativo não se presta a configuração do crime tipificado no art. 28, *caput*.

Embora de difícil verificação na realidade prática, não se pode excluir, tecnicamente, as situações descritas .

## **AS DIMENSÕES DO PROIBICIONISMO**

O instrumental desenvolvido pela Criminologia Crítica, desde as trocas de perspectiva realizado pelos teóricos da reação social, permite focar a investigação no objetivo de identificar as variáveis da política criminal brasileira de combate às drogas ilícitas, marcadamente neste momento de intenso câmbio legislativo (populismo punitivo).

Desde esta perspectiva, confrontar - se -á o discurso oficial com as funções exercidas e os efeitos produzidos pela atuação das agências de punitividade. Frequentemente os pesquisadores que criticam o modelo repressivo/preventivo nacional partem do pressuposto da inexistência de política criminal de drogas no país. Ocorre que este diagnóstico somente é possível caso se entenda a política criminal como política pública de tutela e garantia dos direitos fundamentais.

A pesquisa é a da existência concreta de modelo político criminal de drogas no Brasil. Todavia, distante da programação constitucional de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, há conformação belicista do sistema repressivo gestacionada da gradual e constante incorporação de signos criminalizadores transnacionalizados, operando sérias violações aos direitos dos sujeitos vulneráveis à incidência das agências punitivas.

Assim, sob o enfoque das políticas antiproibicionistas e dos programas de redução de danos, procurar -se - á, no primeiro momento, diagnosticar os componentes discursivos que conformam a política de repressão às drogas para, posteriormente, fornecer alternativas viáveis baseadas em experiências concretas. Esta dupla perspectiva atingirá as proposições da política criminal, divergência entre modelos de direito penal máximo e direito penal mínimo, as tendências

criminológicas contemporâneas, confronto entre o enfoque sanitário que alastra os estereótipos do consumidor dependente e do comerciante-delinquente e as correntes críticas que procuram dar autonomia e fala ao sujeito envolvido com drogas, e os enfoques jurídico dogmáticos na esfera penal, processual penal e penitenciária, dicotomização entre as tendências do dogmatismo positivista e a dogmática crítica ou garantismo.

## **A ESTRUTURA DA INVESTIGAÇÃO**

Identificando a emergência dos discursos médico, jurídicos e da ideologia da diferenciação, após esta análise, centra-se na comparação do estatuto político criminal da Lei 6.368/76 e da Lei 11.343/06, apontando as adequações aos projetos de transnacionalização do controle social e a densificação do belicismo em face da incorporação histórica da ideologia da segurança nacional pelo modelo autoritário repressivo do Estado brasileiro. Neste contexto, apresenta a reconfiguração do discurso e o incremento do modelo médico, jurídico e-político com a nova Lei de Drogas.

Não obstante, procura descrever os alicerces do projeto repressivo, apresentando o Movimento da Defesa Social, os Movimentos de Lei e Ordem e a ideologia da Segurança Nacional como germens da doutrina do direito penal do inimigo que, na atualidade, legitima a intervenção punitiva.

O estudo recai especificamente sobre a questão da descriminalização ou criminalização, partindo da exposição das tendências político-criminais contemporâneas críticas, notoriamente dos discursos e das práticas descriminalizadoras, desenvolve e instrumentaliza o projeto antiproibicionista do plano legislativo ao judicial, sendo este privilegiado em face das aberturas que possibilita ao operador do direito. Finaliza com o diagnóstico dos custos e da insustentabilidade jurídica da criminalização das drogas, com a apresentação dos programas de redução de danos e com a análise preliminar dos efeitos jurídicos e sociais da nova Lei de Drogas.

A investigação é marcada sobremaneira pela crítica dogmática. Neste ponto o discurso altera radicalmente seu eixo, saindo da perspectiva extrassistemática para adentrar no emaranhado e na complexidade do direito penal das drogas. A mudança

de perspectiva é realizada com o intento de instrumentalizar discurso garantista no direito penal e processual penal das drogas.

Assim, temas árdios de teoria da lei, teoria do delito e teoria da pena são enfrentados os elementos subjetivos dos tipos incriminadores no direito penal das drogas; as condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06 imunes à adjetivação como crime hediondo.

A questão da associação para o tráfico, de acordo com art. 34 da Lei 11.343/06, prevê os requisitos de configuração da internacionalidade; a questão do traficante dependente, as possibilidades de progressão e de aplicação de penas alternativas; a inconstitucionalidade do art. 28, a aplicação do princípio da insignificância, os requisitos da transação penal e da justiça terapêutica, entre outros.

É que a doutrina, ao desenvolver estudo sobre leis específicas normalmente, acaba por realizar discussão literal sobre a estrutura do tipo penal, quando não se restringe a fornecer sinonímia aos elementos gramaticais presentes no texto legal.

Esta tradição exegética tem sido responsável pela miséria técnica na academia brasileira. Se desde o ponto de vista teórico esta tradição parece ingênua, no cotidiano forense e na vida dos envolvidos no problema das drogas produz efeitos concretos.

Por fim, importante dizer que, como toda pesquisa, as conclusões expostas são sempre parciais e provisórias, embora o período inicial de impacto da Lei 11.343/06, quando inúmeros conceitos e inovações ainda não denotam sua real dimensão e profundidade, tenha sido parcialmente superado. Todavia o momento ainda permite sejam propostas novas práticas, objetivando a redução dos danos causados pelo aumento da punitividade. A norma contida no art. 23 é de natureza programática .

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em suma, a questão das drogas assume na atual contemporaneidade um problema social de saúde pública, que se não for ao menos atenuado através de políticas públicas de inclusão social, conforme prevê a legislação, a criminalidade apenas se recrudescerá.

O encarceramento em massa e desumano que acontece na escola de criminalidade, são os presídios, que muitas das vezes levam pessoas a se tornarem piores, apenas fortalece a noção de um estado penal punitivo e menos preventivo, que em contraposição ao garantismo penal, não favorece políticas públicas sociais de educação ou ressocialização eficaz para usuário de drogas.

O direito penal do inimigo que atormenta as comunidades, faz do Direito Penal um instrumento de manutenção de privilégios sociais e econômicos, que acaba com a questão utilitária da pena e traz de volta a sociedade, as consequências dos crimes perpetrados.

É necessário um Estado mais constitucionalizado perante a lei e decisões judiciais.

Por fim, não há um posicionamento unânime quanto se há ou não a penalização de porte de drogas, pois existem elementos no caso concreto que levará o juiz a um entendimento se é um caso de criminalizar a conduta ou não, como por exemplo, a quantidade, local, personalidade do réu em sociedade etc.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 16° ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL, **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 15/05/2022.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed ver. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio, Proibicionismo das Drogas. **Jusbrasil**. 2013 Disponível em:<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932534/proibicionismo-das-drogas>>. Acesso em 15/05/2022.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo

pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?. **Revista Migalhas**. 2007 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>>. Acesso em: 15/05/22.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas. Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.