

O crime de porte de drogas para consumo pessoal está previsto no art. 28 da Lei de Drogas. No caput, está a figura simples:

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 (...)

No art. 1º, está a figura equiparada:

Art. 28

(...)

§ 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.

Para a caracterização de ambas as figuras, é indispensável a finalidade de **uso pessoal**.

Características

O bem jurídico tutelado por essa norma é a **saúde pública**. Trata-se de crime comum, ou seja, o sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, sem exigência de nenhum caractere especial.

O sujeito passivo é a coletividade, tendo em vista que o bem jurídico alegado pela norma é a saúde pública.

Trata-se de crime **exclusivamente doloso**, o que impede a configuração da modalidade culposa. Além disso, o tipo penal exige um elemento subjetivo específico, ou seja, o dolo de portar a droga para **consumo pessoal**.

Ainda, trata-se de crime de **perigo abstrato**. Isso significa que o legislador, ao tipificar tais condutas, pretendeu que fosse presumido o risco ao bem jurídico. Basta que se realize a conduta prevista no tipo para que o crime esteja consumado, independentemente de qualquer resultado.

Trata-se de um **tipo misto alternativo**. Isso quer dizer que a prática de mais de uma das condutas (verbos) previstas no tipo ensejam a responsabilização por um único crime, e não por

vários. Ex.: a pessoa pode adquirir, guardar e ter em depósito determinada droga e, ainda assim, responderá apenas por um crime.

Observação sobre a doutrina

Há, na doutrina, discussão acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Para uma primeira corrente, defendida por Bitencourt, Luiz Flávio Gomes e Ferrajoli, os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais por violarem o princípio da ofensividade. Em outras palavras: ao criminalizar um mero comportamento (ex: portar a droga), sem saber se, de fato, haveria ofensa ou risco de ofensa ao bem jurídico, o legislador estaria ferindo esse princípio basilar do direito penal.

Ademais, decorre desse princípio as funções de: proibição de incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. O resultado jurídico, então, deverá ser transcendental, ou seja, transcender a esfera pessoal do sujeito. Em razão disso, muitos doutrinadores sustentam que o art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional (a conduta não passa da pessoa do usuário de drogas).

Para uma segunda corrente, a presunção de perigo ao bem jurídico deve ser considerada juris tantum, ou seja, meramente relativa, cabendo prova em contrário pelo autor do delito (Zaffaroni, Mir Pig, Jescheck).

Para uma terceira corrente, defendida pelos Tribunais Superiores, os crimes de perigo abstrato são constitucionais. Contudo, em hipóteses casuísticas, verifica-se que o STF e o STJ têm empregado uma filtragem constitucional, abrindo-se à análise da lesividade da conduta mesmo nos tradicionais crimes de perigo abstrato e reconhecendo a aplicabilidade do princípio da insignificância.

Competência

A competência para julgamento do crime do art. 28 da Lei de Drogas é do **Juizado Especial Criminal (JECRIM)**, cujo procedimento está previsto na Lei nº 9.099/95. Trata-se de crime de menor potencial ofensivo para o qual é **vedada a prisão em flagrante**, conforme o art. 48, §2º da Lei de Drogas:

Art. 48

(...)

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, **não se imporá prisão em flagrante**, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

Assim, prisões lastreadas no art. 28 da Lei de Drogas são ilegais e desafiam, portanto, relaxamento. O flagrante do art. 28 da Lei de Drogas pode ser feito apenas por **termo**

circunstanciado, e não por auto de prisão em flagrante.

Como saber se a droga se destinava a consumo pessoal?

O art. 28, §2º, da LD, prevê alguns parâmetros:

Art. 48

(...)

§ 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.

São parâmetros previstos na lei e que devem ser analisados pelo juiz sentenciante:

- Natureza da droga
- Quantidade de droga
- Local de apreensão da droga
- Condições de apreensão da droga
- Circunstâncias pessoais do agente
- Circunstâncias sociais do agente
- Conduta do agente
- Antecedentes do agente