



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAYK WALLACE LOPES MOREIRA

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

BARBACENA

2014

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Mayk Wallace Lopes Moreira*

Rodrigo Correia De Miranda Varejão**

Resumo

A lei nº 11.343/2006 esta trouxe em seu bojo diversas alterações, uma delas no que concerne ao usuário de drogas, regulado pelo disposto art. 28, que, é, objeto de estudo do presente artigo científico. Acrescenta-se, por oportuno, que será elevado a efeito as principais alterações traga pela nova lei no que diz respeito ao agente que traz a droga consigo para consumo pessoal, chegando ao ponto de se conseguir apontar qual é a verdadeira natureza jurídica desse novo dispositivo. É que a nova lei de drogas impôs para o usuário medidas alternativas, afastando assim o cárcere como reprimenda Estatal daquele infrator que fosse flagrado com droga para consumo pessoal. Logo gerou enorme controvérsia na doutrina e nos tribunais, pois o dispositivo estaria em desacordo com o art.1º da lei de introdução ao código penal, ou seja, o dispositivo não se enquadra no conceito de crime muito menos de contravenção penal. Desta forma, buscar-se-á a real natureza jurídica do mencionado artigo, para tentar espancar de vez a enorme dúvida de qual tratamento há de ser dado ao usuário de drogas no Brasil. Por fim, pretende-se demonstrar o confronto dos doutrinadores, acerca da situação, bem como a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Drogas. Natureza Jurídica. Despenalização. Teorias. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

* Acadêmico do 10º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

** Orientador. Professor da disciplina Direito Empresarial do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

1 Introdução

Em meados do mês de agosto do ano de 2006 foi publicada a nova lei de drogas, revogando expressamente os anteriores regramentos sobre as substâncias entorpecentes contidos na lei 6.368/76. A nova lei apresentou alguns avanços, entretanto, não é objeto do presente trabalho tratar pontualmente todas as inovações, mas, sim, delinear como tema central a natureza jurídica do porte de drogas para consumo pessoal, expressa no art. 28 da lei 11.343/06. Vale dizer, que a antiga lei de drogas é do ano de 1976, naquela época os problemas sociais envolvendo os usuários de drogas eram outros, com proporções totalmente diferentes, não chegando ao ponto em que se vive, se tornando um “câncer” na sociedade atual, degradando os jovens e, por conseguinte suas famílias. A antiga lei de drogas se encontra desatualizada frente aos anseios sociais de agora, não resolvendo mais esta tão delicada questão de cunho altamente social. E por esse e demais motivos que o legislador percebeu a necessidade inovar com a nova lei antidrogas (Lei. 11.343/06), nela estabelecendo uma estratégia diferente no combate às drogas, passando de uma visão repressiva para preventiva, tanto é que adotou outras medidas penalizadoras que não a prisão. Urge salientar, que com a criação da nova lei de drogas também se instalou no direito penal pátrio uma discussão acalorada sobre qual seria a natureza jurídica do tão visado artigo 28 da lei 11.343/2006. De sorte, que toda esta discussão é decorrente do fato da referida conduta do usuário de drogas não mais punida com pena de reclusão ou detenção e prisão simples, em desacordo com art.1º da lei de introdução ao código penal.

2 Natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006

Não há como negar a problemática jurídica atualmente existente sobre o assunto da natureza jurídica do art. 28 da nova lei de drogas. Basta um simples estudo comparado entre a atual lei 11.343/2006 e a lei anterior 6.368/1976 para se perceber a distinção ocorrida, do qual estão diretamente relacionadas as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecente e drogas afins. A revogada lei 6.368/76 trazia em seu art. 16, pena de detenção de 6 meses a 2 anos cumulada com a pena de multa, todavia, ao se confrontar com a atual lei em vigência, verifica-se que no seu art. 28, o qual regula também sobre o usuário de drogas, que o infrator 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.

Vale salientar, ainda, que no § 6º do mesmo artigo, rege que: “§ 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.”¹

Com isso, o dispositivo legal do art. 28 da nova lei de drogas abalou o ordenamento jurídico penal no que concerne a sua natureza jurídica, posto que esta em desacordo com o art. 1º da lei de introdução ao código penal, senão vejamos:

[...] 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.

Desta feita, gerou uma enorme dissonância com as penas descritas no art.28 da lei 11.343/2006, uma vez que não se amoldava no conceito das penas de “crime” e nem no conceito das penas de “contravenção”, assim sendo, os doutrinadores deslumbrados com a situação elaboraram teorias para resolver a questão.

Três as principais teorias a respeito do tema:

1) Uma primeira entende que o art.28 ainda pertenceria ao código penal, considerando “crime” ainda. Para a visão deles houve uma despenalização, mas não um abolitio criminis (DA SILVA, 2011).

2) Uma segunda que o art.28 constituiria uma infração penal sui generis, não pertencente ao direito penal clássico (pois as penas cominadas neste artigo num diz respeito a nenhuma daquelas descritas no art.1º da lei de introdução ao código penal) nem ao direito administrativo (pelo fato das penas cominadas devem ser aplicadas por um juiz e não por uma Autoridade administrativa), sendo um novo ramo do direito (GOMES, 2013).

3) E por último, uma terceira que prega ter havido abolitio criminis em relação ao usuário de drogas, ocorrendo uma descriminalização substancial do tipo. (CASAGRANDE, 2010)

Todavia, em que pese os entendimentos de que houve descriminalização (abolitio criminis) e os de que trata-se de uma infração “sui generis”, ambas teorias foram superadas pela teoria da ocorrência da “despenalização”, pertencendo o art.28 ao direito penal pátrio. Adicionando-se a isso certo é que essa é a teoria majoritária e mais acertada para o tema,

¹ Leia mais em: <http://jus.com.br/artigos/17737/anotacoes-sobre-as-caracteristicas-e-especificidades-dos-segmentos-da-seguridade-social-no-brasil-saude-assistencia-e-previdencia-social/2#ixzz3ILCror2g>

tendo em vista que, obviamente, não se pode dizer ter ocorrido *abolitio criminis*, uma vez que o tráfico de drogas é algo ilícito e criminoso, não podendo uma situação que deriva de algo criminoso ser lícito a luz do Direito. Deve-se observar não apenas panoramas jurídicos, mas também o enredo social. Não sendo mais crime haveria um grande fortalecimento ao tráfico de drogas, uma vez que este é financiado pelo usuário de drogas, dilatando ainda mais a figura do crime organizado no País.

3 Principais mudanças introduzidas pela Lei 11.343/2006 no que concerne ao usuário de drogas

A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro uma nova forma de tratar este tema tão delicado. Se antes as antigas leis de drogas (Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02) tratavam o tema mais com uma vertente penalista do que sociológica, a partir de 2006 esta lógica se inverteu.

Com o advento do novo diploma legal, o legislador demonstrou maior preocupação com o aspecto sociológico do tema. Percebeu que o problema não era apenas de direito penal, envolvia ainda a assistência social, a economia, os critérios criminológicos, as políticas públicas e uma série de fatores que contribuem para a disseminação, em todo o território nacional, de substâncias entorpecentes. Tais circunstâncias revelam-se decisivas no processo de construção da política antidrogas a ser adotada pelo legislador brasileiro.

E foi por estes motivos que a Lei nº 11.343/2006 mostrou-se consoante com a realidade. Tratou o tema mais a fundo, analisou critérios não penalistas e definiu, além de crimes e sanções, critérios de política criminal. Talvez esta seja a maior inovação trazida pela nova lei. Isto porque revelou-se uma mudança na lei. O próprio legislador passou a enxergar o tema de uma maneira diferenciada e mais ampla.

Nas legislações anteriores, não se verificava tamanha preocupação em se abarcar diversas ciências no tratamento do mesmo tema. Em 2006, contudo, este panorama foi modificado e várias mudanças foram introduzidas, veja o que diz o saudoso jurista Luiz Flávio Gomes (2006, p. 7) sobre as principais mudanças na nova lei antidrogas:

Os eixos centrais dessa nova legislação passam, dentre outros, pelos seguintes pontos: (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; foco no intuito de que

sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas. Criou-se com a mencionada Lei o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.

Como se vê, houve um avanço na nova lei, sendo o tema abordado de uma forma mais sensata e coesa, evitando o encarceramento aos presídios dos usuários de drogas que são indivíduos que não apresentam periculosidade. Assim, não prejudicando na deformação do caráter dessas pessoas, as quais, merecem e devem ser recuperadas em estabelecimento adequados cujo o Estado deve participar ativamente. Ainda sobre o tema assevera sobre as principais mudanças introduzidas pela nova lei antidrogas o autor Marcão (2006) assim exposto:

a) O crime de “porte” de droga era previsto no art. 16 da lei n. 6.368/76; agora a infração está no art. 28 da nova lei; b) Na redação antiga, praticava-se o crime mediante três condutas, a saber: adquirir, guardar ou trazer consigo. Na nova capitulação estão previstas cinco condutas para a forma regulada no caput: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. No §1º existem outras três condutas, quais sejam: semear, cultivar ou colher. Houve, portanto, considerável aumento das hipóteses de incidência típica; c) Foi mantido o especial fim de agir em relação à conduta regulada no caput, sendo necessária a destinação para uso próprio. Com relação à figura do § 1º, na mesma direção, exige-se que esteja agindo visando seu consumo pessoal, e que “plantação” seja destinada à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica; d) Foi acrescido um § 2º, estabelecendo norteadoras para que o juiz procure abalizar seu entendimento a respeito da destinação da droga. Nem sempre é fácil saber se a droga era destinada ao uso próprio agente ou se era para mercancia espúria. Antes, as norteadoras gerais estavam previstas no art. 37 da lei n. 6.368/76; e) Já não há qualquer possibilidade de aplicar pena privativa de liberdade em se tratando de “porte” para uso próprio (art. 28, caput), e agora também em relação ao novo tipo, que regula o “plantio” para o próprio consumo (art. 28, § 1º); f) O § 7º tem explícita relação com a política de redução de danos adotada em relação ao problema das drogas, e fixa que o juiz determinará ao poder público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

É de bom alvitre destacar a lição do tão badalado doutrinador Capez 33, (2007, p. 682):

a) Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito; b) Substitui a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas; c) Não mais existe a previsão da pena privativa de liberdade para usuário; d) Passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas; e) Tipificou a conduta daquele que, para consumo próprio, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequenas quantidades de substâncias ou produção capaz de causar dependência física ou psíquica.

Um critério trata-se importante a destacar é o de se estabelecer se a droga encontrada com o agente é para consumo pessoal ou para o tráfico, sendo esta uma nova alteração também feita pelo legislador. Sabe-se que a quantidade de droga é um importante fator, mas não exclusivo para determinação do uso, devendo ser levado em consideração todas as circunstâncias previstas art. 28, § 2º, da lei nº 11.343/2006.

Segundo Capez (2007, p. 687) “para determinar se a droga destinava-se ao consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e a quantidade da substância apreendida no local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e os antecedentes do agente”.

Este aspecto não é visto com bons olhos, uma vez que caberá ao Juiz, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade de droga, mas inúmeros outros fatores. Este aspecto pode ser facilmente ludibriado seja pelo traficante alegando se usuário, seja pela própria polícia ao mascararem uma situação para incriminar o usuário de drogas como traficante, abalando a segurança jurídica tão almejada pela sociedade em tempos atuais.

Portanto diante exposto, fica evidente que o legislador modificou sua estratégia no combate às drogas, passou de uma visão repressiva para preventiva e adotou outras medidas penalizadoras que não a prisão, inviabilizando o confinamento dos usuários de drogas no Brasil, devendo o juiz sempre aplicar penas alternativas. Desta feita, o legislador tratou o usuário de maneira não apenas penalista, mas como também sociológica. Acertou o constituinte, primeiro porque todas as anteriores leis de drogas foram um desastre no seu combate, e segundo, porque determinar o confinamento de usuários de drogas no carcere constitui uma das causas de superlotação das cadeias e presídios, agravando ainda mais o caos e a falência do sistema prisional do País.

4 Conflito entre os doutrinadores e entendimento do STF

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 430105 RJ, seguem os debates e divergências doutrinas sobre o tema, doutrinadores irrisignados asseveram a ocorrência de descriminalização (abolition criminis) e outros aduzindo o surgimento de uma infração sui generis, e, ainda, terceiras, na mesma vertente do STF, asseverando a ocorrência de descriminalização, ou seja, ocorrência de apenas

considerável abrandamento punitivo. Veja primeiro o novo dispositivo legal, após o acirrado confronto entre os doutrinadores:

Artigo 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar, trazer consigo, para consumo próprio, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal será submetido às seguintes penas:

I - Advertência sobre os efeitos das drogas;

II - Prestação de serviço a comunidade;

III - Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

No pensamento do jurista Luiz Flávio Gomes (2014) houve a descriminalização formal da conduta do usuário de drogas, ou seja, portar drogas para consumo próprio deixou de ser crime no Brasil, com advento do artigo 28 da Lei 11343/06. Porém continua sendo ilícito penal, não podendo se considerar que houve concomitantemente a legalização do uso de drogas. Esse autor parte da análise da diferença entre descriminalização e despenalização. Para ele descriminalizar é retirar o caráter de criminoso da conduta, fundamenta tal argumento com o do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3914/41), que descreve crime como infração penal que a lei comine pena de detenção ou reclusão, seja isoladamente, alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa.

Logo, o artigo 28 da Lei n.11343/06, por não cominar nenhuma pena de prisão perdeu seu caráter de conduta criminosa, não podendo mais ser considerado formalmente crime. Despenalizar, por sua vez, significa suavizar a resposta penal, mitigando a prisão, mas mantendo intacto o fato criminoso, contemplando até mesmo penas alternativas, assim como ocorreu nas infrações no Juizado Especial Criminal. Ademais considera-se como crime formal toda ação ou omissão proibida pela lei, sob a ameaça de pena, e não há mais previsão de pena para o uso de drogas. Para esse autor, Luiz Flávio Gomes, o artigo 28 da Lei 11343/06 é classificado como infração *sui generis* (GOMES, 2013).

De outro lado, doutrinadores destacam a ocorrência do *abolitins* criminis, para o Jurista Fernando Capez (2008, p. 701) a conduta que não ferir o interesse de outrem por não transcender a figura do autor, é impossível ao Direito Penal tentar puni-la. O fato de alguém estar prejudicando sua própria saúde e interesse não dá fundamento a nenhum tipo de intervenção estatal.

Ademais, o princípio da insignificância é também tratado na análise dessa situação de forma bem ampla, e o tema que ela discute, que é a análise do perigo abstrato do crime em estudo, traz calorosos embates doutrinários e jurisprudenciais. A questão polêmica é quando a prática de uma das condutas previstas do crime forem cometidas com o porte de pequena

quantidade de droga. Alguns entendem ser fato atípico, pois não configura nenhum perigo social, pela lógica de que a ínfima quantidade possibilitaria apenas o agente de consumir, inexistindo o risco social de algum terceiro vir a ter acesso à droga. Sem o perigo social, inexistente crime (CAPEZ, 2008).

Na mesma vertente corrobora a teoria de Araujo (2012) que acredita que a lei de drogas não passa no teste de proporcionalidade porque proteger a saúde pública não é fundamento para persecução do usuário de drogas, pelo simples fato de que a questão pode ser resolvida de outras formas mais eficazes e menos gravosas à liberdade individual.

A conduta de posse para consumo pessoal de drogas ilícitas fere o princípio da legalidade pela já citada inexistência de perigo concreto, direto e imediato para terceiro, e também pelo fato da liberdade individual ser base do estado democrático de direito, sendo essa liberdade absoluta se o exercício de seu direito não extrapolar sua esfera de atuação (CASAGRANDE, 2010).

Na mesma esteira dos anteriores acima supramencionados. Bizzoto *et al.* (apud ARAUJO, 2012) defende que a inconstitucionalidade se dá porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, saúde e corpo, sendo por isso, a única pessoa competente para decidir o que ele acha melhor ou pior para si mesmo. Portanto, qualquer conduta que ameace violar a liberdade e o interesse do agente fere o princípio da lesividade. A infração penal só tem lugar quando se afeta bem jurídico de terceiro. É por conta desse princípio que se tem o exemplo da não criminalização das condutas da tentativa de suicídio, de dano a coisa própria e auto-lesão. A noção de descriminalizar a conduta do usuário de drogas, já tem aderência nas cortes supremas da Argentina e da Colômbia, porque paira o entendimento geral de que o sujeito só está fazendo mal a si próprio.

Todavia, noutro giro, a maioria da doutrina pátria é uníssona no sentido de discordar da opinião de que a natureza jurídica do art.28 da lei de tóxicos é uma infração “*sui generis*” ou que houve *abolition criminis*, sustentando que a conduta continua sendo considerado crime no ordenamento jurídico, sendo apenas despenalizada, ou seja, apenas se retirou a pena restritiva de liberdade substituída por penas restritivas de direito, havendo considerável abrandamento punitivo. Vale lembrar a opinião do badalado autor César Dário Mariano da Silva no livro *Lei de Drogas Comentada*, editora Atlas, assim exposto:

Não nos convence o argumento defendido por alguns doutrinadores de que o porte de drogas para consumo pessoal, bem como a sementeira, cultivo ou colheita de plantas destinadas à preparação de drogas para o consumo do agente (art.28, caput, e §1º), não mais são considerados crimes, mas infrações *sui generis*, haja vista que a Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei nº3.914/1941 – considera como

crime infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art.1º).

O autor afirma que o ordenamento jurídico pátrio tem que ser interpretado de acordo com atual ordem Constitucional, que prevê no artigo 5º, XLVI que as penas cominadas serão: as penas privativas de liberdade, perdas de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. No Código Penal, as penas alternativas de direito, previstas no artigo 43, e dentre estas, encontra-se a pena de prestação de serviço à comunidade, cominada como sanção no artigo 28 da Lei n.11343/06. Portanto verifica-se que a previsão de penas alternativas não tira o caráter criminoso da conduta. Logo, o artigo 28 da Lei n.11343/06 apenas abranda a pena para consumo do usuário, ao prever como sanção a pena de prestação de serviço à comunidade, entre outras. Além disso, a conduta prevista no artigo 28 da Lei n.11343/06 continua a preencher os requisitos do conceito analítico de crime: fato típico, ilícito e culpável. A lei visou a dar menor reprovação ao fato, com objetivo de prevenção e repressão ao uso de drogas, optou o legislador por medidas sócias educativas ao invés da cominação de pena privativa de liberdade. O usuário que for abordado com drogas para consumo próprio não pode ser preso em flagrante. A autoridade policial deverá encaminhá-lo à delegacia competente para então ser lavrado o Termo Circunstanciado e, em seguida, conduzi-lo ao Juizado Especial Criminal. Ademais, o artigo 28 da Lei n.11343/06 está inserido no Capítulo III, do Título III da lei e esse capítulo trata dos crimes e das penas. Ou seja, a própria lei diz que essas condutas são crimes. Portanto, ocorreu uma despenalização para esse doutrinador e não um abolitio criminis. (SILVA 2011)

No mesmo diapasão, salienta o saudoso autor Renato Marcão diz que:

Estamos convencidos de que não ocorreu descriminalização. É certo que o art.1º da LICP é bastante esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o CPB é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na sua parte geral da forma postas com a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209, de 13-7-1984. O direito penal naquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão, segundo entendemos. (MARCÃO, 2006)

Já para Gazolla (2008, p. 33/34) vejamos:

O fim de penalizar aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou leva consigo droga para consumo pessoal, tem base na idéia de que a referida conduta traz consigo um inerente risco social, colocando em perigo a saúde publica no sentido de que segundo ele, o usuário ou dependente, mesmo que a transporte ou realize qualquer das condutas com o objetivo do consumo próprio, esta sempre

psicologicamente predisposto a disseminar o vício a outrem. No entanto, concorda que a lesão social deste usuário é menor e menos lesiva do que aquele que pratica o crime de tráfico, por exemplo, o que explica o porquê da pena mais leve. Portanto, incrimina-se no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. Deste artigo, pode-se depreender que não importa a forma de aquisição da droga, o relevante é apenas ter sua posse ou propriedade, seja por meio de compra, doação, etc. Relevante citar também o fato do legislador não prever como conduta o “uso”, pois atípico. É crime de mera conduta, portanto, não necessita de prova do perigo concreto (GAZOLLA, 2008, p. 34).

É oportuno também colacionar o entendimento do ilustre jurista Sérgio Ricardo de Souza (2007, p. 27) em dizer que o legislador não optou pela descriminalização das condutas a que se refere o art. 28 em análise, procedeu a uma despenalização moderada, mantendo o caráter delituoso delas, mas evitando estigmatizar os usuários com a prisão. A CF, estabelece, em seu art. 5º, inc. XLVI que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa e “e”) suspensão ou interdição de direito”.

Assim, nada impede e, ao contrário, a CRFB autoriza o legislador infraconstitucional a estabelecer para os crimes não só as penas acima citadas, mas também “outras” e, neste contexto, o legislador da lei nº 11.343/06, sensível à realidade das pessoas usuárias e viciadas no uso de drogas, houve por bem estabelecer para sanção das condutas estampadas no art.28 da lei de tóxicos, as penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, abandonando-se o modelo de repressão “norte-americana” (tolerância zero) e aproximando-se a algo parecido com o “modelo europeu” e da “justiça terapêutica”, não podendo constituir óbice a essa opção de natureza não só jurídica, mas também política, em que pese a previsão contida no art. 1º do Decreto Leinº 9.914/1941, a nova norma esta em consonância com a constituição vigente, não estando sujeitas às previsões limitativas daquela norma feita para vigor no seu tempo, mas não coadunada com a realidade atual”.

Salienta com propriedade o autor Guilherme de Souza Nucci: “[...] não se pune o porte da droga para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra pelo ordenamento jurídico penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à sociedade” (NUCCI, 2009, p. 334)

É como ensina também Ricardo Rodrigues Gama: “[...] os consumidores de drogas acabam por incentivarem o plantio e a comercialização das mesmas. A autodeterminação do viciado exige altos investimentos em saúde, além dos profissionais das áreas da saúde, de psicologia, de serviço social, de Direito [...]”. (GAMA, 2009. p.19.)

Diante das incongruências e dúvidas sobre efetivamente qual seria a natureza do artigo 28 da lei de Drogas, foi chamada a suprema corte para se pronunciar a respeito, e essa assim se manifestou no Recurso Extraordinário 430105-9, RJ, Relator Sepúlveda Pertence, do qual se transcreveu a ementa em sua íntegra.

EMENTA: I-POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL (ARTIGO 28 DA LEI 11343/06- NOVA LEI DE DROGAS): NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. 1. O artigo 1º do LICP- se limita a estabelecer uma critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção- não obsta que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça outros para determinado crime- como faz o artigo 28 da lei 11343/06- pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (artigo 5º, XLVI, XLVII CRFB). 2. Não se pode, na interpretação da lei 11343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “ Dos crimes e das penas”, só a ele referente. 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de principio, somente disposição expressa em contrário na lei 11343/06 afastaria a regra do Código Penal. 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infração atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena que trata o artigo 76 da lei 9099/95, bem como disciplina da prescrição segundo as regras do artigo 107 e seguintes do Código Penal. 5. Ocorrência, pois de, “despenalização” , entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de que a lei 11343/06 não implicou em abolição criminis. II- prescrição: consumação, à vista do artigo 30 da lei 11343/06, pelo decurso mais de 2 anos do fato, sem qualquer causa ininterrupta. III- Recurso Extraordinário julgado prejudicado.(BRASIL, STF. Rel. Sepúlveda Pertence. RE 430105-9. Julgado em 13 de fev. de 2007)

5 Considerações finais

Diante todo o exposto, não merece guarida argumento de que houve descriminalização (abolition criminis) ou que se trata a conduta de uma infração “sui generis”, visto que, primeiro, o tráfico de drogas é algo ilícito e criminoso, não podendo algo que deriva de algo criminoso ser lícito a luz do Direito, segundo, as penas alternativas impostas estão em consonância com a atual Constituição Federal (artigo 5º, XLV). Além do mais deve se observar não apenas o panorama jurídico, mas também o social, eis que a droga é um “câncer” social, acabando com milhões de jovens e, em consequência com as suas famílias, de outro lado, não sendo mais crime haveria um grande aumento no consumo de drogas, assim como o aumento da criminalidade e fortalecimento do crime organizado, eis que financiado pelo usuário. Segundo a doutrina majoritária e o posicionamento do STF houve uma despenalização (considerável abrandamento punitivo) e não uma descriminalização (abolition criminis), e ainda, nem há que se falar em infração sui generis, posto que o presente

argumento fica superado, vez que a lei de introdução ao código penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) não resolve a questão, estando desatualizada. O código é de 1940, nessa época nem se cogitava em se falar sobre as penas alternativas de direito, uma vez que o direito penal era outro. Assim, o posicionamento do STF e da doutrina majoritária é o mais acertado, ao sustentar que houve despenalização, mantendo a natureza jurídica de “crime” ao dispositivo esculpido no art. 28 da nova lei de drogas.

Abstract

The law n ° 11.343 / 2006 brought several changes in its structure, one concerning the drug user, laid down by Article 28, which is the object of study of this scientific article. Adds, for appropriate, that will be put into effect the major changes bring by the new law concerning the agent who brings the drug to your own consumption, managing to point what is the real legal nature of this new device. Is that the new drug law imposed to the user alternative measures, thus removing the prison as State reproof that infringed who was caught with drugs for personal use. Immediately generated enormous controversy in doctrine and in the courts, because the device would be in disagreement with article 1 of the introduction to the penal code law, that is, the device is not suitable to the concept much less of a criminal contravention. In this way, will seek real legal nature of that article, to try to beat every once the huge question which treatment should given to drug users in Brazil. Finally, we intend to demonstrate the conflict of legal scholars on the situation and the current position of the Supreme Court.

Keywords: Drugs. Juridic concept. Theories. Supreme Court understanding.

Referências

ARAUJO, Vinicius Marcondes de. **A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-usu%C3%A1rio-de-drogas>>. Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. [Leis, decretos, etc...]. **Lei n. 11.343, de 23 de ago. de 2006**. 2006

_____. Lei de Drogas. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei de introdução ao código penal. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rel. Sepúlveda Pertence. RE 430105-9**. Julgado em 13 de fev. de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566,RE430105>>. Acesso em: 16 jun. 2014

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico**: Das modificações legais relativas à figura do usuário. 2006. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962/>>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. **Curso de Direito Penal**: Legislação Penal Especial. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

CASAGRANDE, Fernanda Fischer. **O tratamento penal da conduta de porte de drogas para uso pessoal na lei 11.343/06**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27089/000763629.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 out. 2014.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas**: lei nº 11.343/2006 comentada. 2.ed. Campinas: Russell, 2009.

GAZOLLA, Eduardo Henrique de Freitas. **Apontamentos sobre o artigo 28 da Lei de Drogas**. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente/ SP, 2008.

Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/821/798>>. Acesso em: 09 out. 2014

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em: 10 jun. 2014

_____. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Drogas e o princípio da insignificância**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/8867>>. Acesso em: 16 jun. 2014

_____. **Lei de drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

_____. Inglaterra rediscute a descriminalização da maconha. **Jus Navigandi**, Teresina, v.12, n.1816, jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11413>>. Acesso em: 17 set. 2008.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, anotada e interpretada**, 8.ed. São Paulo: Sariaiva, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Atlas, 2011

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Nova lei antidrogas: comentários e jurisprudências**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2007