

A NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

Geilson Pereira de Carvalho ¹

Jeferson dos Reis Pessoa Júnior ²

RESUMO

Esta pesquisa apresenta uma discussão acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas. Para tanto, expõe resultados de um estudo bibliográfico, ressaltando a evolução histórica da Lei de Tóxico, bem como a importância da natureza jurídica da norma, uma vez que as penas prevista no art. 28 não possui amparo do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, pois não prevê pena de reclusão ou de detenção para ser considerado crime e também por não estabelecer pena de prisão simples ou multa para ser considerado contravenção penal, ou seja, não se enquadra em crime ou contravenção penal.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Natureza jurídica do art. 28. Posse de entorpecente para consumo. Entendimento jurisprudencial.

ABSTRACT

This research presents a discussion about the legal nature of article 28 of the Drug Law. To do so, it presents results of a bibliographic study, highlighting the historical evolution of the Toxic Law, as well as the importance of the legal nature of the standard, since the penalties provided in article 28 doesn't have the support of the 1st article of the Law of Introduction to the Criminal Code, since it doesn't provide for punishment of imprisonment or detention to be considered a crime and also for not establishing a simple prison sentence or a fine to be considered a criminal contravention, that is, it does not fit criminal or criminal contravention.

Key words: Drug Law, the legal nature of the article 28, possession of narcotics for consumption and the jurisprudential understanding

INTRODUÇÃO

O estudo apresenta uma discussão sobre a natureza jurídica do artigo 28 da Lei Tóxicos, por meio de revisão bibliográfica com caráter qualitativo, analisando o posicionamento de doutrinadores da área do direito, jurisprudência e casos julgados, identificando a essência que compõe essas discussões e trazendo informações aos operadores do direito.

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma DIR131AN. E-mail – geilson_pereira@hotmail.com

² Professor do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESDUD/UNIRONDON. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. E-mail: jefersonpjuniior@gmail.com

A revisão bibliográfica abordou a evolução histórica da Lei, analisando os aspectos adotados ao longo da evolução da sociedade, bem como as discussões doutrinárias sobre a posse de entorpecentes em relação a sua natureza jurídica, o que foi complementado em resultados pela pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Superiores e Cortes Superiores.

O implemento da Lei agregou discussões no meio jurídico sobre a despenalização da posse de entorpecente para consumo pessoal, haja vista as penas cominadas no artigo não estar descritas na Lei de Introdução ao Código Penal, pois não estabelece pena de reclusão ou de detenção para ser considerado crime, bem como, por não prever pena de prisão simples ou multa para ser considerado contravenção penal.

Contudo, conforme resultados obtidos pela pesquisa, muito embora tenha uma parte da doutrina abordado o art. 28º como uma norma “*sui generis*”, o entendimento da jurisprudência dos Egrégios Tribunais e das Cortes Superiores é pela natureza jurídica de crime, visto que não houve uma despenalização da posse de entorpecente, mas sim um abrandamento das penas previstas com advento da Nova de Lei de Tóxicos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO JURISDICIONAL DADO AO USUARIO

A legislação brasileira antes do século XXI, sempre passou a concepção de que na época era necessária uma “batalha contra as drogas”, com origem nas Ordenações Filipinas sancionada em 1603 (BRASIL, 1603), passando pelo Código Criminal de 1830 (BRASIL, 1830), posteriormente o Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890), bem como Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), acrescentando pequenas modificações posteriores.

No passado, a repressão era a principal forma de enfrentamento ao uso de drogas, pois as penas que advinham do tipo penal eram privativas de liberdade com intuito de intimidar e reprimir o surgimento de “delinquentes”.

Naquela época, a repressão soava bem aos olhos da sociedade, contudo não havia efetividade alguma, haja vista que a maneira que era tratado não coibia o vício e sim o reprimia (ANDRADE et al, 2015).

No Brasil, tivemos dois diplomas legais que trataram do assunto, a saber, a Lei nº 6.368/1976 (BRASIL, 1976) e, posteriormente, a Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006), que, revogando aquela, vigora até os dias atuais. Na Lei antiga, a posse de entorpecente era tratada no art. 16, que possuía a seguinte redação:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Agora vejamos como ficou com a nova tipificação legal do art. 28 da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006):

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.

A legislação antiga tratava o usuário como elemento criminoso, o que guardava relação com a cultura da sociedade à época. A repressão não solucionava o problema, eis que a ausência de diálogo com o usuário em nada contribuía para sua saída daquela situação.

O Estado não conseguia retardar o uso e também controlar a saúde pública, razão pela qual, percebeu-se a necessidade de mudar a aquela ideologia, para entender como o outro lado do processo, o usuário, visto que a aplicação de pena não inibia aquele comportamento dos indivíduos.

A Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), implementou uma política criminal humanista, buscando a recomposição do indivíduo no crime de posse de drogas para consumo próprio, estabelecendo medidas socioeducativa como, advertência sobre os malefícios da droga, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006) passou a estabelecer meios adequados ao usuário, inibindo de qualquer modo o encarceramento, objetivando medidas socioeducativas, como por exemplo a advertência sobre o uso de drogas, aplicando medidas de prevenção, pois nem sempre o Estado se depara com um dependente químico.

Um dos principais quesitos do tratamento ao usuário, é que ele deve sempre estar disponível, visto que o indivíduo pode se sentir inseguro, não sabendo se inicia ou não o tratamento, assim a disponibilidade do serviço de fácil acesso ao indivíduo, poderá auxiliar na decisão de procurar o tratamento.

Para ter eficácia, o tratamento deve contemplar várias necessidades da pessoa, ou seja, o uso de drogas, problemas médicos, sociais, psicológicos, vocacionais e legais associados, dando ênfase no caso de adolescentes, que de certo modo não irá apenas coibir o problema da droga, mas trazer soluções para seus demais problemas, uma vez que a falta de solução das diversas dificuldade pode ser um dos motivos do uso da droga.

Outra modificação trazida pela Lei é a reinserção social do usuário, através da indicação de cursos educativos, tratamento por profissionais qualificados, bem como medida educativa de prestação de serviço à comunidade. Com a nova Lei, não ocorre apenas a participação do Estado por meio juiz, mas sim, de todos os profissionais, advogado, promotores de justiça, defensores e apoiadores do projeto (ANDRADE et al, 2015).

Assim, considerando os avanços da lei para a visão transdisciplinar, para obter dados positivos é imprescindível a colaboração de todos, União, estados, municípios, e demais entidades sociais, para adequada reinserção do usuário de drogas na sociedade.

2 DIFERENÇA ENTRE O ARTIGO 28 E 33 DA LEI.

As diferenças entre o artigo 28 e 33 são diversas, desde alguns verbos do tipo penal, bem como das penas aplicáveis em cada caso. O art. 28, que possui os verbos, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar, trazer consigo, tipifica assim a posse de entorpecente, quanto ao art. 33, que possui verbos do tipo penal como, 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, visa coibir a circulação da droga (BRASIL, 2006).

Nota-se que nos verbos do tipo penal do art. 33, é coibido até mesmo a figura do profissional que por meio da profissão propicia o uso indevido de drogas através da prescrição médica.

A distinção se a droga apreendida era para tráfico ou consumo, fica a cargo da autoridade policial, do Ministério Público e do Juiz, que irá determinar de acordo com aspectos objetivos se o objeto material apreendido era caso de uso ou tráfico. Os aspectos objetivos são vários, que se definem desde o local do fato, quantidade apreendida, personalidade do agente, condições em que ocorreu o fato etc.

Na visão do Professor Fernando Capez (2012, p.761), caberá ao magistrado a análise do caso concreto, vejamos:

Houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Caberá ao juiz, dentro desse quadro, 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.

O renomado doutrinador Luiz Flávio Gomes (2014, p.160), ressalta os critérios advindo com a lei, vejamos:

A Lei nova estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Logo, observa-se que a quantidade da droga não é o único elemento a ser observado, havendo diversos critérios determinantes, mas, possui situações que apontam indícios suficientes de tráfico, como por exemplo, a apreensão de uma tonelada de cocaína ou de maconha, que apontam de certo modo a traficância.

3 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28

O advento da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006) implementou técnicas específicas ao caso concreto, trazendo para o papel do Estado o dever da manutenção da saúde pública. O artigo 28 da referida lei trata do usuário de entorpecente, que não é tratado como crime ou infração penal, mas como uma norma "*sui generis*", pois na visão do Ilustre Doutrinador Luiz Flávio Gomes (2014, p.143), "Não se trata de direito administrativo porque as novas penas alternativas devem ser aplicadas por juiz, com todas as garantias inerentes ao devido processo consensual".

Na visão de Fernando Capez (2012, p.758), o legislador buscou evitar a circulação da droga na sociedade, vejamos:

A Lei em estudo não tipifica a ação de "usar a droga", mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção,

evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.

A análise detida por Capez (2012, p. 764/765) retrata a preocupação do Legislador com a saúde pública, uma vez que não há como punir o consumo de drogas. Ademais, em seu entendimento, ressalta que para ele não houve a descriminalização de posse de entorpecente, senão vejamos:

Entendemos, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e as penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, §1º, da nova Lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.

Para Guilherme de Souza Nucci (2013, p.298), a atual conjuntura da norma não despenalizou a posse entorpecente pela preocupação a reação social, optando-se por penas mais brandas:

O texto da Convenção contemplou com tratamentos alternativos o dependente (viciado), mas não o usuário ocasional, nem tampouco o habitual. Parece que, temendo a reação social à eventual descriminalização da conduta do consumidor, o legislador preferiu eliminar a pena privativa de liberdade, optando por outras formas de sanção extremamente brandas. Note-se, como exemplo, a imensa disparidade entre a pena pecuniária prevista para este tipo penal (art. 28), ainda que para garantia das medidas previstas no incisos I a III, e as demais multas estipuladas nos art. 33 a 37, em especial, mas também nos arts. 38 e 39.

Para Luiz Flávio Gomes (2014, p.118), a argumentação da “despenalização” da posse de entorpecente para consumo próprio está na inexistência da previsão das penas do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006) no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1941). Nesse sentido, leciona o ilustre doutrinador:

A conduta descrita no art. 28 da nova lei continua sendo ilícita (mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar). Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o art. 28 retrata mais uma hipótese de despenalização. Descriminalização “formal” e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da Lei de Drogas (houve um processo misto).

O processo misto trazido alume pelo doutrinador reflete a atuação do Estado em descriminalizar a posse de entorpecente de maneira formal e despenalizar de maneira material, haja vista as penas serem medidas socioeducativas. Assim, com

base nas diferentes abordagens de cada doutrinador, é possível notar semelhanças e diferenças na interpretação dada a Lei de Drogas.

O fato é que para ser definido como crime deve-se ser punido com pena de reclusão ou detenção, com base neste entendimento não resta dúvida de que as penas aplicadas na hipótese do artigo 28 (BRASIL, 2006), quais sejam, advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento em programas educativos, não se enquadram no conceito usual de crime, ou seja, são penas alternativas.

Sob esse olhar, também não se pode tratar o referido artigo, como sendo uma contravenção penal, pois para esta, são previstas tão somente as penas de prisão simples ou multa.

Assim, considerando o entendimento majoritário da doutrina, é possível concluir que o artigo 28 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) possui natureza jurídica de crime, embora o as penas cominadas não estejam descritas na Lei de Introdução ao Código Penal.

4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28

A jurisprudência é a grande responsável pela uniformidade dos entendimentos dos diversos julgadores, possibilitando para as partes a consulta dos entendimentos já consolidados para dar amparo na busca do direito.

Sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), a jurisprudência atual é unânime em considerá-la como crime, haja vista ser esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, logo após a entrada em vigor da referida Lei, ainda não havia entendimento sobre definição jurídica para a norma, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 28 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. O fato de o legislador, a doutrina ou mesmo a jurisprudência ainda não terem definido a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06, não autoriza o Judiciário olvidar sua aplicação, uma vez que, em seu ânimo, o legislador almejou a repreensão da prática descrita no referido dispositivo, do contrário, não teria cominado reprimenda para o referido fato. Recurso a que se dá provimento, à unanimidade. (TJ-ES – ACR: 48050159721 ES 048050159721, Relator: ALEMER FERRAZ MOULIN, Data de Julgamento: 26/09/2007, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/10/2007).

Denota-se que a jurisprudência entende que se o legislador quisesse abolir o crime de posse de entorpecente para consumo próprio, este não lhe teria fixado pena, ainda que brandas. A jurisprudência dominante, aduz que o legislador buscou

penas alternativas da prisão, adequando o caso à saúde pública, mas não retirou sua natureza de crime.

O crime do art. 28 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), abrange também a tipificação de ato infracional praticado por menor de idade, pois em que pese o fato de que a Lei nº 8.069/1990 - ECA (BRASIL, 1990) se utilizava dos conceitos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (BRASIL, 1941) para tipificar o ato infracional, esse entendimento foi superado com o advento da nova lei, senão vejamos:

ECA. ATO INFRACIONAL. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ABOLITIO CRIMINIS. INCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÃO QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. 1. Há interesse processual do Estado no esclarecimento dos fatos e na imposição de medida socioeducativa, que visa promover a redução do infrator, cuja conduta que se afasta dos padrões exigidos pela sociedade. 2. A posse de droga para consumo pessoal está prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06 e tem a natureza jurídica de crime, motivo pelo qual a sua prática constitui ato infracional que interessa ao ECA. 3. O critério utilizado pelo art. 1º da LICP, que estabelece distinção entre crime e contravenção a partir da penalidade prevista, não impede que Lei superveniente estabeleça para determinado tipo penal definido como crime, penalidade diversa da privação ou restrição da liberdade. 4. Estando descrito na lei de tóxicos que constitui crime o uso de drogas, embora considerado de menor potencial ofensivo e com previsão de medidas educativas específicas, o simples fato de ser afastada a aplicação de pena privativa ou restritiva de liberdade, evidentemente não constitui abolitio criminis. 5. Ao contrário do que possa parecer, a uma primeira vista, o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não contempla apenas a proteção da saúde do usuário de drogas, mas a norma penal tem em mira, sobretudo proteger a própria sociedade, pois o uso de drogas afeta a saúde pública e traz como corolário o estímulo ao tráfico e a circulação de substâncias... entorpecentes, reclamando a prevenção geral. 6. Considerando que o fato descrito está tipificado na lei penal, deve ter curso a representação, que preenche todos os requisitos legais. Recurso provido. (TJ-RS – AC: 70061802013 RS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, data de julgamento: 17/11/2014, Sétima Câmara Cível, data de publicação: Diário da Justiça do dia 21/11/2014).

Assim, considerando entendimento dos Egrégios Tribunais, posse de drogas para consumo pessoal é considerado crime.

Além do mais, em que pese tenha ocorrido um abrandamento da pena, o legislador não entendeu por uma abolição do crime de posse de droga para consumo pessoal, muito pelo contrário, buscar restringir o uso e o tráfico, pois ambos afetam a saúde pública em um todo, inclusive, aumentando de maneira expressiva a criminalidade.

5 POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A jurisprudência é unânime em tratar o artigo 28 da Lei de 11.343/06 (BRASIL, 2006) como crime. Logo quando a Lei entrou em vigor, o Supremo Tribunal Federal,

julgou uma questão de ordem suscitada em Recurso Extraordinário: RE-QO 430105 RJ, que questionava a constitucionalidade do art. 1º da LICP (BRASIL, 1941) frente ao novo diploma legal, vejamos o acordão do julgamento:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art.28 da Lei 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, 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 referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações 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 de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF – RE-QO: 430105 RJ, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, data de julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 Divulgação 26/04/2007. Publicado: 27/04/2007 DJ 27/04/2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

Em julgamento mais recente do Recurso Extraordinário 430105 RJ, a primeira turma do STF firmou o mesmo entendimento sobre o assunto, decidiu que embora haja a limitação prevista no art. 1º da LICP (BRASIL, 1941), não obsta que Lei ordinária passa a estabelece critérios gerais de distinção para determinado crime.

Em seu acordão, ressaltaram que a discussão da natureza jurídica, em que pese uma parte da doutrina trata de uma infração “*sui generis*”, a adoção desse entendimento implicaria em sérias consequências, que ultrapassar a esfera puramente acadêmica.

Ressaltaram, inclusive, que uma das consequências práticas da tese de infração “*sui generis*”, é deixar de ser também ato infracional, pois de acordo com o art. 103º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), considera “ato infracional” somente “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, logo,

se a posse de drogas para consumo pessoal é considerada infração penal “*sui generis*”, então poderiam os menores de 18 anos cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que configurasse qualquer ato infracional, haja vista não ser crime ou contravenção penal.

Aduz também, que em uma interpretação da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) deve ser levado em consideração que o legislador incluiu as infrações relativas ao usuário no capítulo “Dos crimes e das Penas”, e partindo do pressuposto do “rigor técnico” subtendesse que se trata de um crime.

Vejamos:

EMENTA, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTE. POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06): Natureza jurídica de crime. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional. 3. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a conduta de portar droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não perdeu seu caráter criminoso. 4. Agravo regimental não provido. (STF – AI:741072 RJ, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 22/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-098 Divulgado 24-05-2011. Publicado 25-05-2011 Ementa Vol – 02529-03 PP-00687).

Portanto, conforme o entendimento demonstrado, não houve despenalização da posse de droga para consumo pessoal, mas deixou de aplicar penas privativas de liberdade, abolindo do sistema a ideia de repressão com o usuário de drogas, pois com os amargos da antiga lei (art. 16 da Lei nº 6.368/76), denota-se que fora fadado ao erro, pois havia a repressão e não a conscientização (BRASIL, 1976).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No período de pesquisa do material bibliográfico, pode-se perceber que as discussões sobre o tema proposto se intensificam a partir do ano 2007, momento em que já estava em vigor a nova Lei de Drogas. Percebe-se também, os avanços trazidos pela Lei 11.343/06 com o tratamento ao usuário de drogas, que traz uma visa humanista, sendo que a antiga lei abordava uma visão de repressão do usuário.

A abordagem trazida pela doutrina minoritária que entende ser o artigo 28 da Lei de Tóxicos uma norma de natureza jurídica “*sui generis*”, restringiu a uma interpretação mais restrita da lei, não abordando a real intenção do legislador que

buscou penas alternativas para o usuário de drogas, e resguardou dos cuidados com a saúde pública.

Na doutrina majoritária, o entendimento é que embora o art. 1º da LICP não recepcione as penas alternativas, deve-se levar em consideração a data de sua criação, que para doutrina, este não acompanhou os avanços da sociedade, ainda, o legislador quando criou a nova lei de tóxicos incluiu o art. 28 no capítulo denominado “Dos Crimes e Das Penas”, logo, subentende-se que todos os artigos deste capítulo possuam natureza de crime (BRASIL, 2006).

O entendimento dos Egrégios Tribunais e das Cortes Superiores foi na mesma linha de raciocínio da doutrina majoritária, consideraram que o legislador se preocupou com a saúde pública, circulação das drogas e o tráfico, e que o simples fato do legislador não implementar penas privativas de liberdade não torna atípica a conduta de posse de entorpecente para consumo pessoal.

Assim este artigo considera que o artigo 28º da Lei de Drogas possui natureza jurídica de crime, pois embora não esteja recepcionado pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal o legislador abrandou as penas, mas manteve o status da norma como crime. Ademais, como bem ressaltado pela jurisprudência, as consequências jurídicas se considerado o art. 28 uma norma “*sui generis*”, ultrapassariam a esfera acadêmica, visto que tornaria o fato atípico, não sendo essa a intenção do legislador com a nova norma.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Arthur Guerra et al, **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. 2ª Edição – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2015.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, RJ, dez 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> acessado em: 10/11/2017.

_____. **Decreto-Lei nº 847 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, out 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> acessado em: 10/11/2017.

_____. **Lei nº 2.848 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> acessado em: 10/11/2017.

_____. **Lei nº 3.914 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n.2848, de 7-12-1940) e Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941). Rio de Janeiro, RJ, dez 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm> acessado em 10/11/2017.

_____. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física e psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF, out 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> acessado em: 10/11/2017.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, jul 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> acessado em: 10/11/2017.

_____. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas- Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, ago 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> acessado em: 10/11/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** legislação penal especial, volume 4 / Fernando Capez. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio et al. **Lei de Drogas comentada** / Luiz Flávio Gomes. 6. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSBRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES - Apelação Criminal:** 048050159721ES, 2007. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8530004/apelacao-criminal-acr-048050159721-es-048050159721>> acesso em 04/11/2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS – Apelação Cível:** AC 70061802013 RS, 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153201753/apelacao-civel-ac-70061802013-rs>> acesso em 04/11/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal STF – Questão de ordem no recurso extraordinário:** RE 430105 RJ. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>> acesso em 09/11/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal STF – Ag. Reg. no agravo de instrumento:** AI 741072 RJ. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735238/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-741072-rj>> acesso em 09/11/2017.

LAKATOS, Eva Maria et al. **Fundamentos de metodologia científica** / Eva Maria Lakatos. – 5. Ed. – São Paulo: Atlas 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** / Guilherme de Souza Nucci. – 7. Ed. ver. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. **Edição de Cândido Mendes de Almeida**, Vols. 1 a 5; Rio de Janeiro de 1870.