



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO- ARTIGO CIENTÍFICO**

**NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS**

**José Lucas da Luz Costa**  
**Prof. Márcia Maria Cavalcanti Macedo**

**Aracaju**  
**2015**

**JOSÉ LUCAS DA LUZ COSTA**

**NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Tiradentes – UNIT, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

Márcia Maria Cavalcanti Macedo  
Universidade Tiradentes

---

Professor Examinador  
Universidade Tiradentes

---

Professor Examinador  
Universidade Tiradentes

# NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS

José Lucas da Luz Costa<sup>1</sup>

## RESUMO

A posse de drogas sempre esteve em evidência no país como sendo crime formal. Entretanto, algumas alterações na Lei de Drogas foram realizadas, mudando a condição do consumidor de droga em caráter pessoal. É de se notar que não é mais cominada pena privativa de liberdade aos usuários, o que tem dado causa á fervorosas discussões acerca da descriminalização ou não das condutas relacionadas ao consumo de drogas. O trabalho proposto poderá contribuir para a análise da natureza jurídica do artigo 28 da Lei Antidrogas, identificando o posicionamento majoritário da jurisprudência a respeito da matéria e explicitando o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: Lei Antidrogas. Natureza Jurídica do Consumo Pessoal. Pena Privativa de Liberdade.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06 - a Lei Antidrogas, no que se refere ao tratamento do usuário ou dependente de drogas.

Considerando que para parcela da doutrina, o novo dispositivo descriminaliza a posse de drogas para consumo pessoal, já que não presume mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, justifica-se um aprofundamento no estudo do tema.

A pesquisa teve por objetivo geral analisar a possível descriminalização do art. 28 da Lei Antidrogas. O foco do presente estudo é chegar a uma maior compreensão sobre a descriminalização ou não do uso de drogas.

Entre os objetivos específicos estão a discutir e explicitar o artigo supracitado, que trata da conduta e das penas ao usuário; pesquisar os aspectos que fundamentam a despenalização ou a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, identificando o entendimento jurisprudencial majoritário.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: lucas.lco@hotmail.com.br

## 2 ARTIGO 28 DA LEI ANTIDROGAS – POSSE PARA CONSUMO PESSOAL

O art. 28 da Lei 11.343/2006 cuida da figura do usuário ou dependente de drogas, alterando a conduta prevista no art.16 da Lei nº 6.368/1976:

Art. 16 Lei 6.368/76: Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o 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.

Art. 28 Lei 11.343: 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 da droga**  
**II – prestação de serviços à comunidade**  
**III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.**

Como pode se observar, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Antidrogas, trouxe significativas modificações no que é pertinente aos crimes relacionados a drogas.

Uma das principais mudanças é que ao usuário de drogas será dado tratamento especial. Para mínima parcela da doutrina pátria, visto que não prevê mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, acarretando apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito a nova redação descriminaliza o porte de drogas para uso próprio. (NEVES e LOYOLA, 2013).

Como já ocorria na vigência da lei anterior, “considera-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

O art. 28 traz uma série de condutas ligadas ao usuário. Com a vigência da nova lei, os núcleos do tipo são: “guardar” (conservar, manter); “adquirir” (conseguir, obter, comprar); “transportar” (levar de um local para outro); “ter em depósito” (manter armazenado, reservado) e “trazer consigo” (ter em poder, portar). “A prática de mais de uma conduta não implica concurso de crimes, mas um único delito (crime de ação múltipla) ”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

A lei não penaliza as condutas de “usar” drogas ou “fumar” maconha ou outra droga similar. As condutas puníveis são “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e

“trazer consigo”. “Somente poderá ser punido o agente se, ao fumar ou consumir a droga, a estiver trazendo consigo, oportunidade em que estará configurada essa última modalidade de conduta típica”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

Não se pode penalizar o uso pretérito da droga, se esta já foi consumida, inexistente se encontra a materialidade necessária à configuração típica. (NEVES e LOYOLA, 2013)

O elemento normativo do tipo traduz-se pela expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A consumação é realizada com a prática de qualquer das modalidades de conduta, não se admitindo a hipótese de tentativa. “A tutela da saúde pública e secundariamente a vida e a saúde de cada cidadão são os objetos jurídicos do tipo penal”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

O tipo penal está sujeito à complemento para lhe dar sentido e condições para sua aplicação. Para Nucci (2009), “o termo droga não constitui elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do juiz. Representa um branco a ser complementado por norma específica”.

A Portaria nº 344/1998 da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, define e publica periodicamente listas atualizadas sobre quais são as plantas e drogas proibidas. A quantidade ínfima de tóxico, em princípio, não descaracteriza o delito, se existente na substância o princípio ativo caracterizador da dependência física e psíquica.

Com relação à quantidade da droga para a caracterização do delito há duas posições: a primeira, majoritária, entende que a posse de substância entorpecente é delito de perigo abstrato, sendo irrelevante para a caracterização do delito a quantidade apreendida. Assim se posicionou o STJ:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. A PEQUENA QUANTIDADE APREENDIDA NÃO SE TRADUZ NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Encontra-se pacificado nesta Corte Superior de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a pequena quantidade de droga apreendida não torna atípica a conduta prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76, porquanto, além de classificar-se como crime de perigo abstrato, a reduzida quantidade do entorpecente é inerente ao crime em comento, que se traduz na posse de entorpecente para uso próprio. 2. Recurso não conhecido.

(STJ, Resp. nº 512.254 Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/08/2005, T5 - QUINTA TURMA)

O segundo entendimento (minoritário), oriundo de decisões de tribunais de justiça como do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro (Processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208), que entende que o fato de um crime ser considerado de perigo abstrato não exclui a apreciação quanto á insignificância.

Nucci (2009) acrescenta que a infração contraiu caráter de ínfimo potencial ofensivo, o que decreta a competência do Juizado Especial. “Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente podendo tornar-se traficante ou viciado”. Visto que as penas passaram a ser mais leves, admitindo a simples advertência ao usuário, não mais se legitima a descaracterização do delito pela quantidade ínfima de drogas em poder do agente.

## **2.1 Caracterização da Droga para Consumo Pessoal**

Não existe um critério legal para caracterização da destinação da droga encontrada em posse do agente. A lei propõe ao juiz que obedeça, na análise da destinação da droga, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, à natureza e à quantidade da substância apreendida, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. “Os mesmos critérios deverão ser adotados pela autoridade policial”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

“Cabe ao magistrado ou ao delegado reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para tráfico”. (GOMES, 2011) E para isso o art. 28 § 2º, estabelece uma sucessão de vetores, pelo que é possível concluir-se que não se trata de uma opinião do juiz, pois os dados são objetivos.

Art. 28, § 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.

## **2.2. Posse Conjunta e Compartilhamento da Droga**

“É possível a incriminação de vários agentes, que tenham obtido a droga para consumo próprio em conjunto. Nesse caso, existe uma união de vontades, uma ligação psicológica unindo os agentes, configurando o concurso de pessoas”. (ANDREUCCI, 2010)

Para que se tenha a configuração de uso compartilhado, previsto no art. 33, § 3º<sup>2</sup>, é preciso a simultaneidade de alguns elementos, a inexistência do objetivo de lucro (o sujeito que oferece não pode cobrar), a oferta da droga de forma eventual, consumo em conjunto (se entregar só para o outro fumar configurará em crime de tráfico) e para pessoa do seu relacionamento. (GONÇALVES, 2011)

Segundo Gonçalves (2011):

Trata-se de crime bi próprio, pois exige vínculo (relacionamento) entre os agentes. Enquanto o “consumo em conjunto” é o elemento positivo do injusto penal, a “ausência de objetivo de lucro” é o elemento negativo. É infração de menor ofensivo, devendo, portanto, ser processado no Juizado Especial Criminal.

A pena do uso compartilhado, de acordo, com o § 3º do art. 33, é de detenção de 6 meses a 1 ano e multa de 700 a 1500 dias multa. Nenhum dos elementos descritos no art. 33 § 3º poderão estar ausentes, na falta de um dos elementos o usuário irá responder por crime de tráfico. (GONÇALVES, 2011)

O dispositivo (art. 33, § 3º) menciona que a pena deverá ser aplicada “sem prejuízo das penas previstas no art. 28”. Assim, com relação à pena, o agente poderá ser enquadrado em dois crimes, o de posse para consumo pessoal e o de oferecimento de droga para consumo conjunto. “Estaremos diante de concurso material de infrações, aplicando-se a pena cumulativamente se o agente, para oferecer a droga a pessoa de seu relacionamento, sem objetivo de lucro e para juntos a consumirem, antes a tiver trazido consigo, para consumo pessoal”. (NEVES e LOYOLA, 2013).

### **2.3 Das Penas em Espécie**

1 - Advertência: “A pena é aplicada em audiência e consiste em uma censura do juiz em relação ao autor dos fatos quanto aos efeitos nocivos das drogas para ele e para a sociedade. De tudo é lavrado termo, que é assinado por todos – Juiz, Ministério Público, autor e seu defensor”. (LEÃO, 2014).

---

<sup>2</sup> Art. 33 (...)

(...)

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

2 - Prestação de serviços à comunidade: “Deverá seguir as regras do art. 46, § 3<sup>o</sup>, do Código Penal, porém, por força do art. 28 da Lei de drogas devem ser preferencialmente cumpridos em entidades ligadas à prevenção das drogas ou recuperação de viciados”. (LEÃO, 2014)

Esta pena, conforme disposto no §3º do artigo 46, possui prazo máximo de 5 (cinco) meses. Não há referência quanto ao prazo mínimo, mas presume-se em 1 (um) dia, visto que não se admite a computação da pena em horas.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

3 - Comparecimento à programa ou curso educativo: “É uma pena inédita, porém, ela não foi delineada ou detalhada pela Lei. Faz-se uma analogia com a aplicação da pena alternativa”. (LEÃO, 2014)

O art. 28, § 3º, da Lei de Drogas estipula que o prazo máximo da pena de comparecimento à programa ou curso educativo e de prestação de serviços à comunidade é de 5 (cinco) meses. E em caso de reincidência, o prazo será de 10 (dez) meses, conforme previsto § 4º do mesmo artigo.

## 2.4 Recusa do Condenado

Se o condenado se recusar a cumprir as penas impostas, o juiz poderá:

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II, III, a que injustificadamente se recuse o agente. Poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

- I – admoestação verbal
- II – multa

A recusa deve ser injustificada, isto é, não existe uma escusa ou desculpa válida. Se a justificativa não for válida para o descumprimento das penas, o juiz, poderá aplicar as seguintes punições:

---

<sup>3</sup> Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.



**Admoestação verbal** – trata-se da modalidade de pena estabelecida pelo art. 28, § 6º, I da Lei de Drogas, cabível ao agente que, injustificadamente, se recusar a cumprir as medidas de comparecimento à programa ou curso educativo e de prestação de serviços à comunidade. Consiste em censura verbal feita pelo juiz, estimulando o agente a realizar a medida que lhe foi cominada. “É a censura branda feita de maneira oral. O agente deve ser submetido à admoestação verbal em audiência para esse fim designada, de tudo lavrando-se termo, por todos assinado (juiz, promotor de justiça, autor do fato e defensor)”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

Segundo Leão (2014) o que diferencia a admoestação da advertência é a finalidade. Na advertência a finalidade é advertir sobre os malefícios das drogas. Na admoestação a finalidade é informar ao agente que se ele não cumpre corretamente a pena aplicada e se ele assim prosseguir, poderá ser sancionado com uma multa.

**Multa** – É a máxima sanção. Obedecerá ao contido no art. 29<sup>4</sup>. Segundo Neves e Loyola (2013):

Consiste em sanção pecuniária, aplicável ao agente que, injustificadamente, se recuse a cumprir as medidas educativas de prestação de serviços à comunidade e a comparecer a programa ou curso educativo. É a máxima sanção, devendo suceder a admoestação verbal. Será imposta pelo juiz atendendo à reprovabilidade da conduta e fixada em dias-multa. Consistirá, no mínimo, em 40 e, no máximo, 100 dias-multa. O valor do dia-multa, segundo a capacidade econômica do agente, será de, no mínimo, 1/30 avos e de, no máximo, três vezes o maior salário mínimo.

Os critérios servem para punir desde os mais pobres até os mais ricos. Como se percebe, mesmo o descumprimento de todas as medidas não ocasiona a prisão do agente. (LEÃO, 2014)

## 2.5 Aspectos Processuais

Dispõe o art. 48 da Lei Antidrogas:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será

---

<sup>4</sup> Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 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.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

A lei presume, ao usuário de drogas a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995, direcionando o agente ao Juizado Especial Criminal, ou, no caso de sua impossibilidade, com a assinatura de termo de compromisso para comparecimento. “Em seguida será lavrado o Termo Circunstanciado (TC) pela autoridade policial, providenciando, se o caso, as requisições dos exames e perícias necessários”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

Em seu § 2º, do art. 28, a lei veta a prisão em flagrante do agente surpreendido com o porte de drogas para consumo pessoal. “Encontrado com a droga, o usuário deve ser levado à presença da autoridade policial, pois a esta caberá avaliar, em primeiro lugar, se é consumo pessoal ou tráfico”. (LEÃO, 2014)

“Após isso, deverá ser encaminhado, mesmo que de forma coercitiva, ao juízo competente (Juizado Especial Criminal). Na falta deste, assumirá o autor do fato o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado, perante autoridade policial (art. 48, §§ 2º e 3º, da Lei Antidrogas) ”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

“Ressalta-se que o autor do fato não poder ser preso em flagrante, o que significa apenas a não lavratura do auto de prisão em flagrante e a não condução ao cárcere. Nada impede, repita-se, seja o autor do fato capturado e levado perante a autoridade competente”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

“O juiz, ao sentenciar, não poderá atribuir como pena a advertência, pois esta, devido à sua condição de sanção penal *sui generis*, somente pode ser objeto de transação. Resta, para o juiz apenas a prestação de serviço à comunidade e a participação em curso ou programa educativo”. (NEVES e LOYOLA, 2013)

### 3 DA NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28

Muitas questões têm sido levantadas no que se diz respeito ao reconhecimento do instituto trazido pelo art. 28 da Lei 11.343/06, questiona-se se seria um caso de despenalização ou descriminalização, visto que o dispositivo apreciou somente as penas restritivas de direitos, afastando as penas privativas de liberdade. (CUNHA, 2014)

O fato de não haver nenhuma possibilidade de prisão para o uso próprio de drogas não indica que houve legalização. Afinal o legislador ainda tipifica a conduta do consumo pessoal através do art. 28 da Lei Antidrogas. As drogas continuam proibidas. Quanto à descriminalização da posse para uso pessoal existem três correntes:

A primeira corrente que tem como principais defensores doutrinadores como Capez (2015) e Greco Filho (2011) afirmam que não houve a descriminalização. “Como primeiro argumento, menciona que a pena privativa de liberdade se encontra em crise, de modo que as penas alternativas, por vezes são mais eficazes à ressocialização do criminoso”. (LEÃO, 2014)

Para essa corrente, o delito de porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, para a sua caracterização, não se faz fundamental a efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a prática da conduta ilegal. Essa corrente é a mais aceita, visto que, é encontrada em precedente do Supremo Tribunal Federal. (SILVA, 2009)

“Acrescenta, ainda, que é preciso acatar o princípio da legalidade, pois só a lei em sentido estrito cria crimes e prevê penas e o art. 28 está inserido no capítulo – Dos Crimes”. (LEÃO, 2014)

Capez (2015), em artigo intitulado Notas Breves Sobre A Nova Lei De Drogas/ 2006, toma a posição de que não há descriminalização, argumentando que o fato continua a ter caráter de crime, visto que a própria lei o inseriu no capítulo relacionado aos crimes e às penas (capítulo III); além do mais as sanções só podem ser aplicadas por Juiz Criminal (JECRIM), e não por autoridade administrativa, mediante o devido processo legal, estando a Lei de Introdução ao Código Penal atrasada nesse aspecto, não podendo estabelecer os métodos para a nova tipificação legal do século XXI.

Os defensores desse posicionamento afirmam que a Nova Lei não descriminalizou o uso de drogas, sendo inquestionável a ocorrência da despenalização do seu caráter, que significa o ato de reduzir a pena de uma infração sem descriminá-lo, abrindo a possibilidade para a aplicação das penas alternativas às penas privativas de liberdade. (SILVA, 2009)

É necessário fazer a distinção entre a descriminalização e a despenalização. A despenalização exclusivamente reduz a pena imposta, não sendo retirada do ordenamento jurídico. Já a descriminalização retira o caráter de crime do fato que anteriormente era definido como ato criminoso pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo taxado como fato atípico. (LEITE, 2009)

A Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XLVI, ao determinar como espécies de penas, a perda de bens, a prestação social alternativa, a multa, a suspensão ou interdição de direitos e a restrição de liberdade traz outras penalidades, não previstas na Lei de Introdução ao Código Penal - Decreto-Lei 3914/41. (SILVA, 2009)

Deste modo, não existiria a descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, pois a tese que tutela essa teoria parte deriva do argumento de que a referida Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, considera crime a infração penal a que a lei impõe pena de reclusão ou detenção de forma isolada, alternativa ou cumulativa com a pena de multa, deixando de ser classificado como crime a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06, tendo em vista que não prevê a pena privativa de liberdade.

Resumindo, a Constituição Federal viabilizou que a classificação de infração penal ficasse mais abrangente, não se limitando apenas às hipóteses das penas estabelecidas na Lei de Introdução ao Código Penal. (SILVA, 2009)

Nessa linha, estabelece Greco Filho (2011):

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.

O Supremo Tribunal Federal adota, prioritariamente, esse entendimento, firmado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence em sede de Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ, julgado em 13/02/2007, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o que ocorreu foi uma despenalização, do qual o aspecto mais marcante foi o fim, para o tipo, da estipulação de penas privativas de liberdade.

A segunda corrente defende a descriminalização, considerando que “para um ilícito ser considerado criminoso deve haver, ainda que de maneira remota, a possibilidade de aplicação

de pena privativa de liberdade. Sem privação de liberdade de liberdade, conclui-se pela descriminalização da conduta”. (LEÃO, 2014).

Seguindo este entendimento estão Carvalho (2013) e Araújo (2012). “Os adeptos desta corrente argumentam que o usuário é uma pessoa doente, que precisa de tratamento e não ser estigmatizado pela sociedade”. (LEÃO, 2014)

“A questão, de ordem de saúde pública, refere-se ao fato de que, pessoas doentes não precisam de punição, mas de tratamento médico especializado e multidisciplinar. Do ponto de vista do Direito Penal, a pessoa deve ser punida por aquilo que ela fez e não por aquilo que ela é”. Punir o usuário de drogas é punir por aquilo que ele é e não por aquilo que ele fez. (DELGADO, 2012)

Araújo (2012) defende que a inconstitucionalidade do artigo 28, dá-se porque o indivíduo é senhor de seu próprio corpo, saúde e destino, sendo a única pessoa competente para julgar o que ele acha melhor ou pior par si mesmo. Assim, fere o princípio da lesividade, condutas que pretendam violar a liberdade e o interesse do agente. A infração penal só pode ser estabelecida quando lesar bem jurídico de terceiro. “O entendimento de descriminalizar a conduta do usuário de drogas, já tem a adesão das cortes supremas da Argentina e da Colômbia, porque o entendimento geral é de que o sujeito está fazendo mal somente a ele mesmo”. (p.01)

Na concepção de Smith (2010, p.1) “É inconstitucional também porque o simples porte de uma droga não pode ser considerado capaz de vulnerar a saúde pública, não se revestindo da mínima ofensividade ao bem jurídico”.

Diz-se geralmente que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, o que não passa de uma ilusão, já que no âmbito penal, deva esta ser entendida como a soma das saúdes pessoais de cada cidadão e, sob tal aspecto, afastada aquela ilusão, se vê que a tutela se faz, especificamente de cada um dos usuários de drogas, sendo o perigo concreto a ser analisado.<sup>5</sup>

Acredita-se ofender o princípio da lesividade, pois o usuário, no ato de se drogar faz mal somente a si. Ofende também o princípio da isonomia, afinal as drogas são consideradas proibidas sem nenhum critério, como por exemplo, o caso da proibição da maconha, sendo

---

<sup>5</sup> Decisão – Processo nº 0021875- 62.2012.8.19.0208 - 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital (TJRJ).

que o álcool considerado mais danoso à saúde do indivíduo pelo seu uso excessivo, não sofre nenhuma repressão do Estado.<sup>6</sup>

Pegue o exemplo da maconha, hoje inúmeras pesquisas científicas indicam que seu potencial de dano é muito menor que o do cigarro comum ou do próprio álcool, e nunca se soube que alguém tenha morrido em razão tão-somente pelo seu uso.<sup>7</sup>

Qual a lógica do legislador na incriminação de algumas drogas, e não de outras, senão a lógica dos financiamentos de campanhas políticas, das finanças, de políticos comprometidos com conglomerados empresariais transnacionais.<sup>8</sup>

Enquanto determinadas substâncias forem mantidas na ilicitude, enquanto a opção legislativa em vigor caminhar no sentido da criminalização da venda de substâncias apontadas como ilícitas, é verdade: o consumo financiará o tráfico, isto enquanto poderia estar a, licitamente, financiar o Estado através do pagamento de impostos, a financiar pesquisas, o tratamento de dependentes químicos.

Sustenta Carvalho (2013):

Aliados aos argumentos decorrentes do princípio da lesividade e da autonomia individual, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CR) permitem a densificação da tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas, potencialidade de determinar dependência física ou psíquica. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Todavia é nos princípios de tutela da intimidade e da vida privada que os argumentos ganham maior relevância.

(...). Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima.

O Supremo Tribunal Federal por meio do Plenário Virtual, reconhece ser legítima repercussão geral na questão em debate no recurso sobre a constitucionalidade de dispositivo da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), o qual assume o status de crime o uso de drogas para

---

<sup>6</sup> Decisão – Processo nº 0021875- 62.2012.8.19.0208 - 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital (TJRJ).

<sup>7</sup> Decisão – Processo nº 0021875- 62.2012.8.19.0208 - 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital (TJRJ).

<sup>8</sup> Decisão – Processo nº 0021875- 62.2012.8.19.0208 - 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital (TJRJ).

consumo próprio. A matéria é discutida no Recurso Extraordinário (RE) 635659, sob o entendimento do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que garante o direito à intimidade e à vida privada.

Importante mencionar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que julga ser o artigo 28 da Lei Antidrogas inconstitucional, por apreciar que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal apresenta “insustentabilidade jurídico-penal”, pois são inválidos os tipos penais que prejudicam os limites da alteridade do indivíduo ou que ofenda seu direito à intimidade da vida privada, de igualdade e à inviolabilidade. (ARAUJO, 2012)

A terceira corrente defendida por Gomes (2006) preconiza a descriminalização, já que o usuário não é punido com detenção ou reclusão, então sua conduta não é considerada como crime. Cuida-se de uma infração *sui generis*, uma vez que, o fato continua ilícito, mas deixa de ser uma infração penal. Tal fato não configura mera infração administrativa, pois a aplicação da sanção confere-se por meio do juizado especial, nem uma contravenção penal afinal sua conduta não é apenada com prisão simples. (LEÃO, 2014). Nesta corrente estão também Gomes et. al (2006)

Gomes (2006) divide a descriminalização em duas espécies:

a)"Descriminalização Penal", que "retira o caráter de ilícito penal da conduta, mas não a legaliza".

b)"Descriminalização Plena ou Total", a qual "afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente".

Para o autor, a posse de drogas para consumo pessoal não seria uma infração penal (crime ou contravenção), contudo seguiria sendo ilegal, de modo a ratificar uma infração *sui generis* ou uma infração para-penal. (GOMES, 2007)

A corrente liderada por Gomes (2006) que defende a descriminalização penal baseia sua alegação no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que define crime de acordo com o tipo de pena a ele dado.

Art. 1. 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 que a lei comina, isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Com base nesta definição do jurista Gomes (2006, p. 1):

Se legalmente (no Brasil) “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não

há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser ‘crime’ porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás justamente por isso, tampouco esta conduta passou a ser contra-venção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: na nova Lei de drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração “penal” no nosso país. A posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*.

“Se o fato punido com reclusão ou detenção é ‘crime’ e se esse mesmo fato quando punido com prisão simples ou multa é uma ‘contra-venção penal’, como admitir que o fato punido com sanções mais brandas do que prisão simples (esse é o caso do art. 28) seja crime?” (GOMES, 2007)

Gomes (2006) define descriminalização como forma de “retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal).” Deixando, portanto, a conduta de ser crime.

Segundo Gomes (2007), a Lei de Drogas, no art. 28, removeu o caráter de ‘crime’ pois, de maneira alguma permite a pena de prisão. O usuário não se define como ‘criminoso’. Admite-se que é autor de um ato infracional, em outros termos, mesmo a posse de droga não sendo legalizada, ainda assim, não pode mais receber o estigma de ‘criminoso’. Senão, a defesa relativa cai por terra toda à preocupação preventiva e não punitivista da lei, em relação ao usuário, cairia por terra.

Ocorreu, então, descriminalização penal, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). Para esta corrente, houve descriminalização penal (fim do caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (livrou o usuário de droga da pena de prisão). (GOMES e BIANCHINI, 2007)

Descarta Gomes (2007), a alternativa de considerar o artigo 28 da Lei de Drogas como um ilícito administrativo, pois, "as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa e sim por um juiz (juiz dos Juizados Criminais)". Tratar-se-ia de um ilícito ‘*sui generis*’, nem penal, nem administrativo”. O autor baseia-se nos seguintes argumentos de Gomes e Sanches (2006, p. 1):

a) A etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras



oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes

b) O art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

c) A lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

d) O fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal sui generis exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

“Se a conduta não é crime nem contravenção, também não é ato infracional, quando o agente é menor de idade. Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se ato infracional apenas a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (GOMES e BIANCHINI, 2007)

Com o acerto da tese, “poderia uma criança - menor de 18 anos -, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma.” (GOMES e BIANCHINI, 2007)

A corrente mais radical e com menos força é delineada por Alice Bianchini apud Gomes (2007, p. 01), pois ela defende que houve abolitio criminis, sendo o art. 28 uma infração do Direito judicial sancionador, e não mais da seara do Direito Penal. “Seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados) ”.

Nucci (2008) concorda parcialmente com o entendimento sustentado pelo STF. A direção que é seguida pelo Direito Penal em seu atual estágio evolutivo, no sentido de abrandar as penas aplicadas ao infrator, tem resultado naquilo que Nucci chama de “a crise da pena privativa de liberdade”. (HERNADEZ e ORRUTEA FILHO, 2008)

Nucci (2008) afirma que esta tendência é verificada no âmbito mundial, aceita “pela quase totalidade da doutrina, nacional e estrangeira”. O autor também chama a atenção para a descrição do art. 28: sendo todo crime uma obra da vontade do legislador, sem dúvida é da vontade do legislador de fazer da conduta descrita no art. 28 um crime, daí o título do Capítulo III: “Dos crimes e das Penas”. A argumentação de que a Lei de Introdução ao Código Penal proibi de conferir ao art. 28 a natureza jurídica de crime também não teria

sentido. Nucci diz (2008) que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal tem fim apenas didático, que consiste simplesmente na diferenciação entre crime e contravenção penal. Mas deixa o autor de concordar com o Supremo Tribunal Federal no que tange à despenalização. “Penas existem, porém mais brandas. Houve, então, mera desprisionalização”. (HERNANDEZ e ORRUTEA FILHO, 2008)

Em síntese: em razão da indecisão doutrinária quanto à natureza jurídica das condutas traçadas no art. 28 da nova Lei de Drogas, pode-se elencar alguns pontos de vistas com a finalidade de estabelecer “arquétipos”. Enquanto doutrinadores, a exemplo de Nucci (2008) Bianchini (2007) representam pólos opostos, Gomes (2007) e o Supremo Tribunal Federal optaram pelo “meio-termo” – ainda que os posicionamentos sejam diferentes. Todavia, observa-se o destaque para o fato do tratamento que passou a ser despendido no referente usuário ou dependente químico: não se concebe a aplicação de nenhuma pena restritiva de liberdade, sob circunstância alguma. A preocupação do legislador foi pautada na valorização de métodos ressocializadores e preventivos. (HERNANDEZ e ORRUTEA FILHO, 2008)

#### **4 DA JURISPRUDÊNCIA**

Com relação Lei de Drogas, ressalta-se que a lei não pretende revogar o caráter criminal das condutas nela descritas. “Diferencia o tratamento penal aplicado do tratamento penal do usuário de drogas ilícitas, colocando em sintonia a Constituição Federal e a legislação.” (ROCHA, 2008)

Ao julgar o Recurso Extraordinário 430.105-9; RJ, o Supremo Tribunal Federal através do Ministro Sepúlveda Pertence apresentou o primeiro entendimento favorável à corrente que decreta a não descriminalização do art. 28, havendo simplesmente a despenalização:

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 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 L. 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 (Código 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. (RE-QO 430105 / RJ - RIO DE JANEIRO/QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE / Julgamento: 13/02/2007 / Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729)

Ao apreciar o Recurso Extraordinário 635660 SP através do Ministro Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal homologou o posicionamento acima exposto:

A punição, na hipótese, é de rigor para salvaguardar a sociedade do mal potencial causado pelo porte de droga, apto a ensejar o incremento do tráfico de entorpecentes, a par de outros delitos associados ao uso indevido da droga. Ademais, deve ser ponderado que o E. Supremo Tribunal Federal, a quem compete o controle de constitucionalidade das normas, em momento algum reconheceu a indigitada inconstitucionalidade, razão pela qual o dispositivo de lei há que ser observado e cumprido. ” (STF, RE 635660 SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, 22.3.2011).

O Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária adotam a corrente da despenalização e não a da descriminalização, julgando crime, aquele detém a posse de drogas para consumo pessoal.

Com este posicionamento do Supremo Tribunal Federal, anulou-se a corrente doutrinária que sustentava que o fato seria uma infração penal sui generis, pois esta posição geraria sérias consequências, tal como de a conduta ser caracterizada como ato infracional, posto que não seria nem contravenção penal nem crime. (ARAÚJO PORTELA, 2008)

Não faria sentido condicionar a definição de crime à previsão de alguma modalidade de pena, em tempos em que se preconiza o fim da pena privativa de liberdade. “O que interessa, para a definição legal de crime, não é a espécie de pena cominada, mas os seus pressupostos legais formais. ” (DELGADO, 2012)

Além do mais, o rol das penas constitucionais não é taxativo, é simplesmente exemplificativo, razão pela qual pode o legislador, criar outras penalidades, desde que condizentes com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas. (CF, art. 5º, XLVII). (DELGADO, 2012)

“Ao não cominar pena privativa da liberdade, o art. 28 não implicou abolitio criminis, mas simples despenalização, isto é, manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa da liberdade”. (DELGADO, 2012)

Existem várias decisões, como a do Juizado Especial da Comarca de Campinas (Processo nº 2564/2013), declarando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, entendendo ser atípica a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal. Com base nos princípios da lesividade e da intervenção mínima, o art. 28 da Lei 11.343/06 seria inconstitucional, visto que o único bem jurídico ameaçado pelo consumo seria a saúde do próprio acusado, não sendo punível a autolesão.

PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – ATIPICIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.28 DA LEI 11343/2006 – JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPINAS. O porte de drogas para consumo pessoal não é crime. Trata-se de conduta atípica. É que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso pessoal é inconstitucional, porque (1) não descreve conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica afronta ao princípio constitucional da lesividade, (2) viola os princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, e respeito à diferença, corolários do princípio da dignidade humana, albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e (3) contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, que, no âmbito da criminalização primária das condutas, devem ser observados em um Estado de Direito Democrático.

Com entendimento contrário sobre o tema, ratificando ser o art. 28 uma conduta típica, assim se pronunciou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, in verbis:

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE. CONDUTA TÍPICA. O porte de substância entorpecente para uso pessoal, mesmo com a edição da nova Lei de Drogas, manteve a natureza da conduta ilícita, apenas, agora, considerada como de menor potencial ofensivo. A posse de drogas é crime formal e de perigo abstrato, cujo bem jurídico é a saúde pública. Presente a ofensividade presumida, desnecessária a efetiva lesão à saúde para se consumir. O Plenário do STF, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e

infração penal sui generis para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a descarcerização. A reduzida quantidade da droga é da própria natureza do delito de porte de drogas para uso próprio, não se aplicando aos delitos da espécie o princípio da insignificância. Reconhecida a tipicidade da conduta descrita no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 desconstitui-se a sentença, para retorno dos autos à origem e regular processamento do feito. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70062146089, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 25/02/2015)

Corroborando também com este entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe se manifestou:

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI Nº 10.826/2003) E CONSUMO PESSOAL DE ENTORPECENTE (ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006). PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NAS CONDUTAS IMPUTADAS. IMPOSSIBILIDADE. O princípio da insignificância não tem aplicação nas condutas contidas no art. 28, caput, da Lei n.º 11.343/06 (posse de droga para consumo pessoal) nem tão pouco no crime de Posse Ilegal de Arma de Fogo, eis que se tratam de infrações de perigo abstrato que tem por objetivo tutelar a saúde pública, bem como proteger a segurança pública e a paz coletiva. Precedentes do STF, STJ e TJRS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.

(Apelação Nº 201400311674, CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, RELATOR, Julgado em 24/11/2014)

Como pode ser percebido, a posse da droga está relacionada aos riscos provenientes da droga mediante à saúde pública e à sociedade. “Assim, o argumento dos que entendem que o porte para consumo pessoal constitui uma autolesão, alegando em consequência a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, em que pese a sua força, não merece prosperar”. (SOUZA e BERSAN, 2013)

O uso e o fornecimento ilícito de drogas são condutas prejudiciais, não somente para a vida, saúde, integridade física e segurança do cidadão, do indivíduo, mas para toda a sociedade, diante do potencial ofensivo do delito da posse para o consumo de drogas.

## **5 CONCLUSÃO**

O artigo 28 da Lei Antidrogas está inserido no Título III, do Capítulo III da Lei Antidrogas, que ostenta a rubrica “Dos Crimes e Das Penas”. A interpretação geográfica ou topográfica sugere ser a conduta típica descrita no art. 28, crime de perigo abstrato ou

presumido. Trata-se de um delito sui generis, por cominar pena diversa da descrita no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, mas que não padece de legalidade material por força do entendimento constitucional de que a pena de prisão não é única, podendo o legislador criar outras, de modalidade diversa, desde que compatíveis com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas.

A Lei 11.343/06 apresentou mudanças em relação à posse de drogas para consumo próprio, vedando a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade e passando a impor outras penas para o sujeito que cometer as condutas previstas no artigo 28. Concebendo a ideia do usuário ou do dependente de drogas não como um criminoso, mas como um sujeito que precisa de ajuda, um doente.

O tipo de política adotado no Brasil com relação às drogas sempre foi o da repressão. Repressão ao traficante e ao usuário. O que não parece estar dando certo, dado a superlotação dos cárceres e o crescente mercado ilegal de drogas que alimenta a violência.

Reconheço a descriminalização como a possibilidade do consumo de determinada substância, deixar de ser crime e com isso o usuário não mais ser preso ou processado do ponto de vista penal, sendo encaminhado para outra esfera, como por exemplo, a prestação de serviços comunitários. Nesse sentido, defendo a corrente da descriminalização, para drogas de menor potencial ofensivo a saúde e a permanência da criminalização para aquelas altamente danosas ao organismo e com alto poder de dependência, a exemplo do crack, da heroína e outras de semelhante potencial ofensivo.

Um bom exemplo de racionalidade do sistema focando a saúde pública, a conscientização e o tratamento do usuário, seria a possibilidade aos dependentes de drogas que praticam delitos, isto é, aqueles que praticam furtos, roubos, danos e tráfico para manter a dependência, de serem encaminhados para delegacias de polícia constituídas por equipes transdisciplinares de peritos - psicólogos, assistentes sociais, conselho tutelar, membros do Judiciário e do Ministério Público - para que a dependência da droga seja constatada e a consequência jurídica e médica possam ser aplicadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

ARAUJO, Vinicius Marcondes de. *A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas*. (2012). Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-criminalização-do-usuário-de-drogas](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-criminalizacao-do-usuario-de-drogas)>. Acesso em: mar 2015.

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. In: *Vade Mecum*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Notas breves sobre a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/pt-br/conteudo/notas-breves-sobre-nova-lei-de-drogas-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: fev. 2015.

CARVALHO, Salo de. *A Política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Danilo Ricardo de Paiva. *Despenalização do uso de drogas: análise da Política Criminal que circunda o art. 28 da Lei nº 11.343/06*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46900&seo=1>>. Acesso em: maio 2015.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *Usuário de drogas: punição inconstitucional*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3455, 16 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23224>>. Acesso em: maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio et. al. *Nova Lei de drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. págs.108-110.

\_\_\_\_\_. *Tóxicos: o usuário é um tóxico-delinquente no entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal*, 2007.

\_\_\_\_\_ et al. *Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 122.

\_\_\_\_\_. *Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 4. ed. São Paulo. RT, 2011. p. 172

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06*. (2007). Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: mar. 2015.

\_\_\_\_\_; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?* (2006). Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: mar 2015.

GONÇALVES, Marcelo Santin. *Comentários à Lei de Drogas - Lei 11 343/06*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31729&seo=1>>. Acesso em 07 mar 2015.

GRECO Filho, Vicente. *Tóxicos: Prevenção e repressão*. Comentários à Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

HERNANDEZ. Erika Fernanda Tangerino; ORRUTEA FILHO, Rogério Moreira. *Considerações sobre a nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/06)*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2790](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2790)>. Acesso em maio 2015.

LEÃO, Rodrigo Cláudio de Gouvêa. *Legislação penal especial*. In: ARAÚJO, Moacir Martini de. [Org.]. *Vade Mecum: Doutrina*. São Paulo: Rideel, 2014. págs. 612-619.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *A admoestação ao usuário de drogas e a descriminalização da conduta de uso, ante a nova lei de drogas*. (2009). *Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37125>>. Acesso em 12 jan 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *FHC e a reforma da Lei de Drogas*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4142, 3 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33456>>. Acesso em: maio 2015.

NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder. *Vade Mecum: Doutrina*. 5. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2013. ps. 869-877.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo. RT, 2010. ps. 343-349.

\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 335.



\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ps. 299-301.

PORTELA, André Luiz Araújo. *Descriminalização ou Despenalização?* In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=40244](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=40244)>. Acesso em: maio 2015.

ROCHA, Osmar de Oliveira. *A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22538&seo=1>>. Acesso em: maio 2015.

SILVA, Pablo José Oliveira Furtado da. *Adequação Constitucional do artigo 28 da lei 11.343/06: descriminalização formal, descriminalização substancial ou despenalização?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 07 de março de 2009. Acesso em: fev. 2015

SMITH, Rafael Torres. *A (in)constitucionalidade da proibição do porte de drogas para consumo próprio*. Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 15, n. 2664 out. [2010]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17627>>. Acesso em: mar. 2015.

SOUZA, Jonathas Baia Andolphi de; BERSAN, Ricardo Resende. *A constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06: a imputabilidade do usuário de drogas pela nova lei de tóxicos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12949](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12949)>. Acesso em: maio 2015.

## **LEGAL NATURE OF ART. 28 THE ANTI-DRUG LAW**

### **ABSTRACT**

The drug possession has always been in evidence in the country as a formal crime. However, some alterations in the Drug Law were made, changing the drug user's condition in a personal capacity. It's to be noted that it's no longer threatened one sentence of imprisonment users, which has given rise to fervent discussions about descriminalization or not of the behaviors related to drug use. The proposed work will contribute to the analysis of the legal nature of art. 28 of the Drug Law, identifying the majority position of the case law on the matter and explicitly understanding of the Supreme Federal Court on the subject.

Key words: Drugs law; legal nature of the personal consumption; deprivation of liberty.