

A POLÊMICA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO ART.28 DA NOVA LEI DE DROGAS

Douglas Yoshio HIRAI¹

RESUMO: Presente estudo tem como finalidade abordar a questão da natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/2006. A pesquisa foi realizada a partir de estudo exploratório da doutrina pertinente ao tema.

Palavras-chave: Drogas. Natureza jurídica. Teorias.

1 INTRODUÇÃO

O legislador ao criar a nova lei de drogas, inseriu no seu art. 28, um rol de penas alternativas para usuário de drogas, logo gerou muita polêmica, pois estaria em desacordo com o art.1º da lei de introdução ao código penal. Desta forma, buscou-se a real natureza jurídica do mencionado artigo.

Para entender a lógica do art.28 para por fim desvendar sua verdadeira natureza jurídica deve-se analisar a questão do usuário, e socialmente as espécies de usuários tendo em vista uma interpretação mais teleológica.

Sobre a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/2006 já existem algumas teorias para explicar tal questão, embora no presente artigo científico encontra-se apenas as principais teorias com argumentos mais contundentes.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS USUÁRIOS DE DROGAS

Antes de adentrar no assunto da natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/2006, inicialmente deve-se fazer uma breve classificação quanto ao usuário de drogas.

Podem-se dividir os usuários em quatro grupos:

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: douglashirai@unitoledo.br

1) Experimentadores: são aqueles indivíduos que experimentam a droga por motivos de curiosidade, o uso é eventual, fortuito sem terem uma relação de dependência com a substância

2) Recreativos: Estes vinculam a droga para obtenção de uma sensação como prazer, geralmente utilizam em uma dada circunstância social para recreação ou lazer.

3) Habituais: São aqueles que usam habitualmente as drogas, no entanto sem gerar comprometimento a sua autodeterminação psicológica.

4) Dependentes: podendo ser denominados de toxicomaniaco, neste caso o indivíduo perde o senso de autodeterminação pelo uso compulsivo e nocivo de uma droga, seja ela sintética ou natural, prejudicando sua saúde mental e física (MELO, 2004, p. 18)

Em relação a todos os tipos de usuário supramencionados, o dependente ou toxicomaniaco é o mais grave pelo fato de perder a consciência quanto a usar ou não usa a substância, lesando si mesmo e subsidiariamente a sociedade, pois este fará tudo que estiver ao seu alcance para mantê-lo seu “vício”.

3 USUÁRIO DE DROGAS E A SOCIEDADE

A questão das drogas sempre foi matéria de grandes discussões no decorrer da história da humanidade, atualmente alguns governos procuram deter esse mal que assola a sociedade, através de políticas de repressão como também medidas punitivas para a inibição de condutas que gravitam na órbita dos entorpecentes. No mundo há inúmeros grupos que defendem a legalização de algumas drogas, e no Brasil não são diferentes, quantas vezes se ouviu falar de passeatas em prol da legalização da maconha.

Tais grupos utilizam de argumento sobre a égide do direito à privacidade consagrada no inciso X do art. 5º de nossa lei maior, dizendo tratar de um direito personalíssimo do indivíduo em usa tais substâncias, não podendo ser punido também, pois declara que o único a ser lesado seria o próprio usuário, assim nosso ordenamento não poderia puni-lo uma vez que ele não pune a auto-lesão.

Não se podem acolher tais argumentos, porque mesmo se tratando de um direito fundamental, o direito a privacidade é uma norma de aplicabilidade limitada, assim com o advento do legislador infraconstitucional pode-se delimitar a abrangência dela, podendo restringir essa privacidade mencionada. Desta forma o individuo não poderia invocar esta garantia quando estivesse praticando um delito na legislação em vigor. E ainda os “tóxicos” não prejudicam somente o usuário de drogas, mas também a sociedade, como pronuncia Ricardo Rodrigues Gama à respeito do assunto:

“[...] 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.)

E como ensina também 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)

Além dessas conseqüências apontadas acima, há também o aumento da criminalidade em sentido amplo, uma vez que os usuários financiam o trafico de drogas por sua vez financiando os grupos criminosos.

4 NATUREZA JURÍDICA DO ART.28 DA LEI 11.343/2006

O art.28 da nova lei de drogas abalou o ordenamento jurídico penal no que tange a sua natureza jurídica, pois de acordo com o art. 1º da lei de introdução ao código penal:

“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 forma gerava uma dissonância com as penas descritas no art.28 da lei 11.343/2006, uma vez que não enquadrava nas penas dos “crimes” e nem das “contravenções”, assim alguns doutrinadores deslumbrados pela questão fizeram teorias para explicar este fato.

4.1 Teorias a respeito da natureza jurídica do usuário de drogas

Elencando as principais teorias a respeito do tema, pode-se resumi-las em três correntes:

- 1) Uma que declarava que o art.28 ainda pertenceria ao código penal, considerando “crime” ainda, para a visão deles houve uma despenalização, mas não um *abolitio criminis*.
- 2) Outra declarava 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, denominado por Luiz Flávio Gomes de judicial sancionador. (NOVA lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006. 2006, p.119)
- 3) E outra que prega ter havido *abolitio criminis* em relação ao usuário de drogas, ocorrendo uma descriminalização substancial do tipo.

Obviamente não se pode dizer ter ocorrido *abolitio criminis*, uma vez que o tráfico de drogas é algo ilícito e criminoso, não podendo algo que deriva de algo criminoso ser lícito a luz do Direito, além do mais deve se observar não apenas o panorama jurídico, mas também o social, não sendo mais crime haveria um grande aumento no consumo de drogas, assim como o aumento da criminalidade fortalecido pelo crime organizado financiado pelas drogas.

Segundo a doutrina majoritária e o posicionamento do STF houve uma despenalização e não uma descriminalização, considerando crime ainda, o detentor de drogas para consumo próprio.

Destarte que o STF já tenha se pronunciado a respeito do assunto e grande parte da doutrina ter acolhido esse entendimento, a corrente defendida pela nossa suprema corte ainda sofre severa críticas. A principal crítica é se admitido que o usuário de drogas constitua “crime”, as conseqüências do eventual descumprimento das penas são muito ínfimas, podendo diagnosticar um efetivo Direito penal simbólico.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, mesmo que a doutrina majoritária e o STF já se posicionam sob o assunto, não é correto afirmar que o artigo 28 da lei nova de drogas, se trata de um “crime” que foi despenalizado, pois haveria uma banalização do conceito clássico de crime do direito penal (art. 1º da lei de introdução ao código penal). E ainda com penas todas alternativas e com meios de imposição delas tão insignificantes, é notável a presença do direito penal simbólico.

Portanto seguindo a corrente de Luiz Flávio Gomes que alega o art.28 ser um crime *sui generis* parece mais acertado, porque as penas cominadas são todas alternativas que obsta a afirmação deste artigo pertencer ao direito penal clássico e ainda afirmando não pode afirmar que é mero ilícito administrativo, uma vez que a aplicação deve ser feita por um juiz (seja de juizados ou de varas especializadas). Deste modo conclui-se tratar de um ilícito, porém não enquadrando no ilícito do direito penal clássico nem no ilícito do âmbito administrativo, e sim, de um ilícito *sui generis*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **Nova lei de drogas comentada: artigo por artigo à luz da lei n. 11.343/2006**. Leme, SP: Cronus, 2009. 668 p. ISBN 978-85-61544-04-1

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas: lei nº 11.343/2006 comentada**. 2. ed. Campinas: Russell, 2009. 185 p. ISBN 978-85-89251-85-

GOMES, Luiz Flávio. Para o STF, o usuário de droga é um tóxico-delinquente . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9821>>. Acesso em: 24 maio 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>>. Acesso em: 24 maio 2010.

MARTINS, Charles Emil Machado. Uso de drogas. Crime? Castigo?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12352>>. Acesso em: 24 maio 2010.

MELO, Daiane Vieira de. **A despenalização dos usuários de substâncias entorpecentes**. Presidente Prudente, 2004. 92 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004

NOVA lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 320 p. ISBN 85-203-2959-4

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1216 p. ISBN 978-85-203-3442-3