

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Eva Maira Cogo da Silva (G-UEMS)

Rodrigo Cogo (UEMS)

Resumo: O trabalho tem o objetivo de tratar da natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas. Há posição na doutrina defendendo que houve a descriminalização da conduta como advento da Lei 11.343/06, porém não concomitante à legalização. Outrossim, existe posicionamento no sentido de que o que ocorreu foi a despenalização, ou seja, atenuou-se a resposta estatal frente ao usuário de drogas. O Supremo Tribunal Federal adotou a postura de considerar que a natureza jurídica do art. 28 é de crime.

Palavras-chave: Natureza Jurídica. Descriminalização. Infração *sui generis*. Despenalização. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The work has the objective to deal with the legal nature of art. 28 of the Law of Drugs. It has position in the doctrine defending that it had the descriminalização of the behavior as advent of Law 11.343/06, however not concomitant to the legalization. And, exists positioning in the direction of that what it occurred it was the despenalização, or either, it was attenuated state reply front to the user of drugs. The Supreme Federal Court adopted the position to consider that the legal nature of art. 28 is of crime.

Key-words: Legal nature. Descriminalização. Infraction *sui generis*. Despenalização. Positioning of the Supreme Federal Court.

1. Introdução

Em meados do mês de agosto do ano de 2006 foi publicada a Lei de Drogas, revogando expressamente os precedentes regramentos sobre drogas contidos nas leis 6.368/76 e 10.409/03 (art. 75 da Lei 11.343/06).

A nova Lei apresentou alguns avanços, entretantes, não é o escopo do presente trabalho tratar pontualmente de todas as inovações, mas, sim, abordar como tema central a natureza jurídica do porte de drogas para consumo pessoal, ou seja, do art. 28 da Lei 11.343/06.

As indagações que se fazem pertinentes residem em analisar quais foram as consequências de tal atitude inovadora do legislador? Houve, de fato, uma descriminalização? Ou será que se está diante da figura da despenalização do delito de posse de drogas para o uso pessoal?

2. Descriminalização

Há uma corrente que sustenta que teria ocorrido a descriminalização, pois o legislador optou por não punir o usuário com pena privativa de liberdade, assim, não seria mais crime o porte de drogas para consumo pessoal.

Tomando emprestada a lição de Raúl Cervini (1995, p. 72), descriminalização “é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas.”

Aduz Raúl Cervini (1995, p. 72-73) que a descriminalização pode manifestar-se sob três formas:

- a) descriminalização formal, de *jure* ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma ‘apreciação que difere do papel do estado em determinadas áreas’, ou uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando um muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição).
- b) descriminalização substitutiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar.
- c) descriminalização de fato, que a venezuelana Aniyar de Castro (1982:224), distanciando-se do critério do Comitê Europeu, coloca dentro das formas de despenalização.

Existe descriminalização de fato, segundo a autora, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.

Reza Luiz Flávio Gomes (2006) que descriminalização significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime (ou seja: deixa de ser infração penal). Existem duas espécies de descriminalização: a que retira o caráter de ilícito penal da conduta, mas não a legaliza e a que afasta o caráter criminoso do fato que a legaliza totalmente.

Luiz Flávio Gomes (2006) aduz que descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas e haveria duas espécies de descriminalização: a que retirar o caráter de ilícito penal da conduta, mas não a legaliza e a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente. No primeiro caso pode ser chamado de descriminalização “penal” (porque só afasta a incidência do Direito penal, mas o fato continua sendo ilícito”, já no segundo caso pode ser denominada de discriminação plena ou total (porque elimina o caráter ilícito do fato perante todo o ordenamento jurídico).

Vale explicar que na primeira hipótese o fato continua sendo ilícito, no entanto, exclui-se a incidência do Direito Criminal, deixa de ser o fato punível no aspecto penal. Extraí-se da conduta o rótulo de “crime”, mas a ilicitude não desaparece. Descriminalizar, deste modo, é distinto de descriminalizar e legalizar ao mesmo tempo. Sempre que ocorre uma descriminalização é preciso verificar se o ato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se embora não configurando uma infração penal continua sendo contrário ao direito, conforme Luiz Flávio Gomes (2006).

O fato de retirar do âmbito do Direito penal pode deixar de ser um ilícito penal, mas continuar sendo sancionado administrativamente ou com sanção de outra natureza. Oportuno mencionar que no entendimento de doutrinadores como Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches o legislador de 2006 aboliu o caráter “criminoso” da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado “crime”, inobstante continue sendo

um ilícito, um ato contrário ao direito. Houve, portanto, descriminalização penal, mas não legalização. Está-se, desta forma, diante de uma hipótese de *abolitio criminis*.

Observa-se que a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914/41, art. 1º) prega que:

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.

Argumenta ainda o ilustre mestre Luiz Flávio Gomes (2006) que 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 não acarretam nenhum tipo de prisão. Aliás, exatamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: “a 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” (GOMES, 2006, p. 111).

2.1 Argumentos para o surgimento de uma infração *sui generis*:

Em conformidade com o que foi exposto, acrescentam os mestres Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches (2006) que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não seria “crime” nem “contravenção penal”, já que somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. Adotava-se no Brasil o sistema bipartido, que significava o seguinte: infração penal é um gênero que admite duas espécies, que são o crime ou o delito e as contravenções penais. Agora, tem-se um sistema tripartido: crime ou delito, contravenções penais e infração *sui generis*.

De qualquer modo, como lembra com perspicácia Luiz Flávio Gomes (2006), o fato não teria perdido o caráter de ilícito (frise-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, não penal, e sim, *sui generis*. Não se pode, no entanto, afirmar que se trata de um ilícito administrativo, já que as sanções atribuídas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, e sim por um juiz (juiz dos Juizados Criminais). Por tais razões não seria nem ilícito “penal” nem “administrativo”: é um ilícito *sui generis*.

2.2 Síntese dos argumentos quanto à descriminalização:

- a) O nome dado ao Capítulo III, do Título III, da Lei de Drogas – Dos crimes e das penas - não dá, pela posição topográfica do artigo, a natureza de crime ao artigo 28, pois o legislador, sem nenhuma estima ao rigor técnico, em outras ocasiões chamou e ainda chama de crime aquilo que, na realidade, é somente infração político-administrativa, como exemplo pode-se citar a Lei 1.079/1950 que trata dos crimes de responsabilidade, os quais, na verdade, não são crimes. A interpretação isolada, literal do sistema, acaba sendo sempre insuficiente e reduzida;
- b) O § 4º do artigo 28 da Lei 11.343/06 fala em reincidência. A expressão é nitidamente a popular ou a sem técnica e só possui a consequência de

recrudescer de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas previstas nesse artigo. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2006), se o mais (contravenção + crime) não gera reincidência técnica no Brasil, seria absurdo aceita-la no tocante ao menos (infração *sui generis* + crime ou + contravenção);

- c) O parágrafo 2º, do artigo 48, da Lei 11.343/06, fixa que o usuário será levado com precedência ao Juiz e não ao Delegado, dando nítida comprovação de que não se trata de criminoso, a exemplo do que faz a lei ao tratar de autores de atos infracionais;
- d) Não existe previsão na lei de medida privativa de liberdade para coagir o usuário a cumprir as medidas conferidas ao praticante da conduta descrita no art. 28. Não existe conversão das penas alternativas em penas de prisão.
- e) Conforme previsão do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal só se considera crime aquela infração penal a que a lei atribui pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, e, contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Do exposto, verifica-se que a conduta descrita no artigo 28 não contempla nenhuma das sanções acima descritas. Desse modo, certo é que o porte de drogas para consumo pessoal não deve ser visto como crime e sim como infração *sui generis*.

3. Despenalização

Por despenalização, conforme o mestre Raúl Cervini (1995), entende-se o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Segundo o Comitê do Conselho Europeu, este conceito inclui toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilização pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistemas de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penas.

3.1 Argumentos da Doutrina Quanto a Despenalização da Conduta de Posse de Drogas Pelo Usuário

Há que se falar em despenalização quando o Estado atenua a resposta penal quando da prática de um crime. Evita-se ao máximo o uso de pena privativa de liberdade, de prisão, porém com a manutenção do caráter de “crime”. A adoção de penas alternativas para o delito constitui um caminho natural que decorre do instituto em tela. Como exemplo de despenalização pode-se citar a Lei 9.099/95 que introduziu medidas despenalizadoras, ou seja, processos que visam evitar a pena de reclusão ou detenção.

Inobstante a respeitável posição da doutrina, essa não foi a intenção do legislador, muito embora tenham sido adotados, conforme bem lembra Sérgio de Oliveira Netto (2006), as políticas criminais da justiça terapêutica e restaurativa. Prova maior e irrefutável dessa afirmação é que enquadrou tal modalidade no Capítulo II da Lei de Drogas, que disciplina os crimes e as penas. Desse modo, expõe-se, indiscutivelmente, a vontade de capitular a posse de drogas para consumo pessoal como uma das figuras criminosas que compõem o capítulo supracitado.

Acrescenta Sérgio de Oliveira Netto (2006) que o comportamento continua sendo considerado crime, já que a Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º) foi criada para se harmonizar com o prescrito pelo Código Penal vigente, que, em sua redação primeira, apenas dispunha como sanções penais as penas de reclusão, detenção e multa (art. 28). Entrementes, o Código Penal, há muito, vem sendo objeto de sucessivas modificações, como o escopo de atualizá-lo conforme a política criminal atual. Entre as alterações, a Lei nº 7.209/84 promoveu a reforma de toda a Parte Geral do Código Penal, mudando também o rol de respostas penais inicialmente previstas pelo texto vestibular.

Sérgio Ricardo de Souza (2006) leciona que o legislador brasileiro seguiu a tendência internacional de reconhecer ser o usuário ou viciado uma vítima na cadeia produtiva e econômica em que se acham arraigadas as drogas, entendendo por bem que esses indivíduos não têm que ser punidos com rigidez máxima pelo Estado, a ponto de aplicar a eles sanção privativas da liberdade.

De outro lado, ainda conforme Sérgio Ricardo de Souza (2006) não há dúvida de que os usuários e viciados constituem os consumidores das drogas produzidas e que para o combate aos traficantes necessário se faz adotar medidas para desestimular o consumo. Lembrou-se, então, o legislador que no equilíbrio se encontra a virtude e optou por uma solução mediadora, mantendo-se como crime as condutas previstas neste artigo, mas atenuando-se as formas tradicionais de pena, de molde a afastar a pena carcerária, como, aliás, já fizera o legislador em relação às situações, contempladas no art. 76 da Lei nº 9.099/95 e desse modo, adotando a política da despenalização.

Acrescenta Sérgio Ricardo de Souza (2006, p. 25):

O legislador não optou pela descriminalização das condutas a que se refere o art. 28 sob comento, procedeu uma despenalização moderada, mantendo o caráter delituoso delas, mas evitando estigmatizar os infratores com imposição de cárcere. A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu art. 5, inc. XLVI que 'a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre **outras**, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa e 'e') suspensão ou interdição de direitos'. Assim, nada impede e, ao contrário, a CRFB autoriza o legislador infraconstitucional a estabelecer para os crimes não só as penas à que se referem as alíneas já citadas, mas também 'outras' e, neste contexto, o legislador da lei nº 11.343/06, sensível à realidade das pessoas usuárias e viciadas no uso de drogas, houve por bem estabelecer para a sanção das condutas que ela previu como crimes onde essas pessoas aparecem no pólo ativo, as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, abandonando-se o modelo de repressão (norte-americano) e aproximando-se de algo parecido com o 'modelo europeu' e da 'justiça terapêutica'. (grifo do autor).

Isso representa um novo modelo de apenamento, e embora guarde semelhança com sanções que antes figuravam apenas no rol das penas alternativas, isso não quer dizer que ocorreu a descriminalização das condutas previstas, mas, sim, a opção por colocar em prática um jeito moderno de tratar os usuários e dependentes de drogas os quais venham a incidir nas condutas proibidas pela lei, buscando conscientizá-los dos malefícios físicos, psicológicos e sociais decorrentes das drogas, para que a partir da conscientização eles abandonem o uso, evitando, assim, misturar tais indivíduos que, em regra, não são dotados de periculosidade em relação a terceiros, mas, sim, em relação a eles próprios e seus familiares, com criminosos de alta periculosidade que entopem o desmantelado sistema carcerário brasileiro, segundo diz Sérgio Ricardo de Souza (2006).

Já Roberto Mendes de Freitas Junior (2006, p. 34) preleciona a respeito do posicionamento de Luiz Flávio Gomes que:

Em que pese os jurídicos argumentos do nobre penalista, ousamos discordar, pois o Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941 – Lei de Introdução ao Código Penal – jamais poderia se referir às penas restritivas de direitos, vez que estas só foram inseridas na legislação penal após a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984. Óbvio, portanto, que em 1941, o legislador não poderia incluir, na definição de crime (art. 1º da LICP), a cominação de pena restritiva de direitos, já que tal pena não existia no direito pátrio.

O art. 28, ademais, está inserido no Capítulo III, do Título III, da Lei nº 11.343/06, sob a rubrica ‘Dos crimes e das penas’ tornando inquestionável a intenção do legislador em considerar tal conduta como ilícito penal.

É importante mencionar que o art. 12, do Código Penal, é claro em definir a incidência de suas regras gerais (dentre as quais, o conceito de crime, inserido na Lei de Introdução ao Código Penal) às leis penais especiais, somente quando estas não dispuserem de modo contrário. Outrossim, se a Nova Lei de Drogas constitui lei penal especial, eventuais contradições com as regras gerais previstas, no Código Penal, devem ser solucionadas pelo princípio da especialidade. Prevalece, pois, a norma especial a qual prevê a existência de um crime sem a cominação de pena privativa de liberdade, considerando-se crime o porte de drogas para consumo pessoal, aduz Roberto Mendes de Freitas Júnior (2006).

3.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito da celeuma jurídica instalada após a publicação da Lei 11.343/06 quanto a seu art. 28 o qual trata da posse de drogas para consumo pessoal. Ao analisarem o Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ¹ que questionava a Lei de Drogas chegaram à conclusão, por unanimidade, que a atitude do legislador frente ao artigo não implicou em sua descriminalização, mas sim sua despenalização.

O relator do Recurso Extraordinário foi o ministro Sepúlveda Pertence e este assegurou seu convencimento de que a entrada em vigor da Lei 11.343/06 não fez com que o porte para consumo pessoal deixasse de ser crime. “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”, Sepúlveda Pertence (2007).

O ministro relator Sepúlveda Pertence em seu voto citou, na íntegra, o posicionamento do professor Luiz Flávio Gomes o qual defende o surgimento de uma infração *sui generis*. Citou para rechaçar todos os argumentos que levassem à descriminalização da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06.

Conforme Sepúlveda Pertence (2007), a conduta antes descrita no art. 16 da Lei 6.368/76 permanece com a natureza jurídica de crime. Refuta-se, *ab initio*, o fundamento de que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal seria empecilho para a Lei 11.343/06 criar crime sem a cominação de pena de reclusão ou detenção. A regra contida no art. 1º da LICP a qual, por tratar de matéria de Direito Penal, foi recepcionada pela Constituição de 1988 como de lei ordinária, se restringe a instituir um critério que para se distinguir se está diante de um crime ou de uma contravenção.

¹ O acórdão pode ser encontrado na íntegra no endereço: <<http://gemin1.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=INFO&s1=despenaliza%E7%E3o&u=http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/default.asp&Sect1=IM AGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=INFON&p=1&r=1&f=G&l=20>>.

Não há óbice algum quanto à criação superveniente, por meio de lei ordinária, de 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 apenas uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela lei, tendo em vista o disposto na Constituição Federal, art. 5º, inc. XLVI e XLVII, segundo acrescenta o ministro Sepúlveda em seu voto.

Outrossim, conforme o relator ministro Sepúlveda (2007), a interpretação partindo da premissa do despreço do legislador pelo rigor técnico seria presumir o excepcional, que o teria movido, imprudentemente, a colocar as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Lei 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). Vê-se o comentário a respeito no Recurso Extraordinário nº.430.105-9 (2007):

Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 - oriundo do Senado), verbis (www.camara.gov.br):

‘(...)

Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas - Título IV.

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário - o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...)

O ministro Sepúlveda (2007) afirmou que não se trata de tomar o relatório supracitado como revelador das verdadeiras intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las, advertia com exatidão o ministro Carlos Maximiliano, não seriam elas capazes de vincular o alcance e o sentido do art. 28. A intenção é de tão-somente não ter como premissa um erro do legislador na posição topográfica do que cuida do porte de drogas para consumo pessoal.

Ademais, a utilização da expressão reincidência, no entendimento do eminente ministro-relator Sepúlveda, não parece ter um sentido popular, principalmente porque, apenas disposição expressa em contrário na Lei de Drogas afastaria a aplicação da regra geral do Código Penal, art. 12, “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Oportuno analisar as conseqüências de se aceitar a existência de infrações *sui generis*, conforme a decisão no Recurso Extraordinário nº n° 430.105-9/RJ (2007):

De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90), considera-se ‘ato infracional’ apenas ‘a conduta descrita como crime ou contravenção penal’.

De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos ‘às normas da legislação especial’ (CF/88, art. 228; e C. Penal, art. 27 – vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90, art. 104 -, sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da L. 11.343/06.

Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança – diversamente de um maior de 18 anos -, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma.

Isso para mencionar apenas uma das inúmeras conseqüências práticas, às quais se aliariam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*.

A posição, no caso, do relator foi no sentido de que não ocorreu a descriminalização e sim a despenalização, ou seja, excluiu-se do tipo a possibilidade de cominação de penas privativas de liberdade.

Os ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal seguiram o voto do relator, dizendo que o art. 28 da Lei nº 11.343 é claro no sentido da criminalização da conduta, até coerente com a inserção topográfica da matéria. E, quanto à diferenciação entre descriminalização e despenalização, imputou perfeita, já que o relator reduz a despenalização, dá um sentido restrito, apenas para afastar aquelas penas restritivas de liberdade. Aduz, por fim, que as conseqüências de uma descriminalização seriam funestas, pois estimulariam o consumo e, desse modo também aumentariam o tráfico, no entendimento do ministro Carlos Britto (2007).

Por tudo isso, a polêmica a cerca da natureza jurídica do porte de drogas para consumo pessoal restou diluída com a postura da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal considerando o art. 28 crime e não infração *sui generis* como alguns almejavam.

3.3 Síntese do exposto quanto à despenalização:

- a) O art. 28 da Lei de Drogas está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado “Dos Crimes e das Penas”, e o legislador não o colocou nessa posição topográfica por acaso. Não socorre a doutrina que defende a descriminalização tal argumento, pois não se pode partir da premissa de falta de rigor técnico do legislador. Outrossim, como exposto no trabalho, há até mesmo relatório do relator do projeto de lei na Câmara justificando o porquê da posição do artigo na lei, e deixa claro a intenção de permanecer crime a conduta descrita no art. 28.
- b) Quando o art. 28 trata da reincidência, não se pode afirmar tratar de expressão meramente popular. O termo reincidência tem o mesmo significado para o crime em tela como para qualquer outro previsto no Código Penal ou em lei esparsa. Caso a Lei 11.343/06 almejasse despir a reincidência de seu significado jurídico teria que expressamente assim o fazer, pois conforme o art. 12 do Código Penal disciplina, somente disposição expressa em contrário afastaria a aplicação da regra geral do Código Penal. Assim, é reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal.
- c) Não há necessidade de aplicação de pena de prisão para que seja considerado crime. Há cominação de pena no artigo em tela, não são restritivas de liberdade, porém tal fato não influencia na definição de crime, conforme posição do Supremo Tribunal Federal;
- d) A Lei de Introdução ao Código Penal é de 1941 e está em desuso nesse aspecto não podendo ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.

Ademais, a Constituição Federal prevê, no seu art. 5º, inc. XLVI, outras penas as quais não são a de reclusão e a de detenção, que podem ser substitutivas ou principais como é a situação do art. 28.

4. Considerações finais

A finalidade do presente trabalho foi expor, sem pretensão de esgotar o tema, a natureza jurídica do porte de drogas para consumo pessoal. Muito se tem discutido, diversas são as opiniões dos juristas. A posição de Luiz Flávio Gomes, apesar de minoritária, mereceu atenção especial.

O mestre supracitado defendeu que houve a descriminalização com o art. 28 da Lei de Drogas e concomitante surgimento de uma infração *sui generis*, a qual não é crime e nem contravenção, pois apenas se cominou à conduta penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão.

Insta ressaltar que conforme essa corrente doutrinária, seriam crimes tão-somente as condutas punidas com pena de reclusão ou detenção nos moldes do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Assim, o art. 28 constituiria um fato ilícito, porém *sui generis*.

Inobstante o esforço da doutrina para provar que houve a descriminalização da conduta com o advento da Lei 11.343/06 não restaram demonstrados os argumentos dessa corrente doutrinária, pois ficou claro a intenção do legislador em criminalizar a conduta.

O entendimento da doutrina majoritária se assenta na criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. A própria Lei inseriu o art. 28 no capítulo relativo aos crimes e às penas. Os infratores que incidirem neste dispositivo devem ser processados e julgados nos termos do procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, próprio para infrações de menor potencial ofensivo.

Não há necessidade de aplicação de penas privativas de liberdade para que se considere uma conduta como criminosa. Ademais, a Lei de Introdução ao Código Penal é considerada lei ordinária e pode ser modificada ou complementada por outra lei ordinária, como fez a Lei de Drogas em seu art. 28 prevendo outras penas que não as descritas no art. 1º daquela.

Pacificando o tema, o Supremo Tribunal Federal, por meio da 1ª Turma, posicionou-se no sentido da despenalização do porte de drogas para consumo pessoal. Manifestou ser descabida a interpretação da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-Lei 3.914/1941) como regra absoluta, já que está ultrapassada e foi recepcionada pela Constituição Federal como lei ordinária. Portanto, lei ordinária posterior pode criar novos critérios gerais de distinção ou estabelecer para algum crime pena diversa da pena de prisão. A pena de prisão constitui somente umas das opções constitucionais do legislador, tendo em vista o art. 5º, XLVI.

Por tais razões, conclui-se que a natureza jurídica do porte de drogas para o consumo pessoal é a de crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1995.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à Lei n° 11.343, de 23.08.2006.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. CUNHA, Rogério Sanches. OLIVEIRA, Willian Terra de. **Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GONZAGA, João Bernardino. **Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídicos penais.** São Paulo: Max Limonad, 1963.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada: Lei 11.343/2006.** São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo.** São Paulo: Método, 2007.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A Lei de Drogas: primeiras reflexões críticas sobre o art. 28. **Jus Vigilantibus,** Vitória, 1ª abr. 2007. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/24164. Acesso em: 14 abr. 2007.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. Não houve descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8864>. Acesso em: 10 abr. 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Nova lei antidrogas: (Lei n° 11.343/2006): comentários e jurisprudência.** Niterói: Impetus, 2006.