

Abrandamento jurídico-penal da "posse de droga ilícita para consumo pessoal" na Lei nº 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de "abolitio criminis"

Rodrigo Iennaco*

1. INTRODUÇÃO

Desde 1976, os delitos relacionados à circulação de substâncias entorpecentes, capazes de causarem dependência física ou psíquica, estão disciplinados na Lei n. 6.368, que agora será revogada por disposição expressa do art. 75, da Lei n. 11.343/06, publicada no DOU de 24/08/06, com *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 74).

Quando a lei nova adquirir eficácia jurídica, entrarão em vigor dispositivos que produzirão autêntica revolução na matéria, do ponto de vista material e processual.

No presente trabalho, preocupa-nos apenas instigar o debate sobre o tratamento jurídico conferido à "posse de drogas ilícitas para consumo próprio", em atenção ao art. 28 da Nova Lei de Tóxicos e à adesão explícita, por parte do legislador pátrio, à política criminal de redução de danos no tratamento a ser dispensado ao usuário, doravante (art. 19, III e VI, da lei n. 11.343/06).

Antes, faz-se necessária uma breve digressão à Teoria Geral do Delito...

2. SOBRE OS CONCEITOS DE CRIME E DE CONTRAVENÇÃO PENAL

O delito é uma construção jurídico-penal, embora possa ser objeto de estudo de várias ciências, como a psicologia, a criminologia, a sociologia, a medicina legal etc. [1] O estudo do crime, portanto, deve começar pela definição de seu objeto de estudo, o conceito de fato punível. [2]

Assis Toledo salienta que o crime, além de ser fenômeno social, é, antes, episódio da vida de uma pessoa humana, não podendo ser dela destacado, isolado e reproduzido em laboratório, nem encontrado na realidade como puro conceito, estereotipado. Porém, é objeto de uma ciência que, como tal:

não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a métodos analíticos, simplificadores ou generalizadores, ora sujeitando-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados. [3]

Diversos são os sistemas para a conceituação de crime. Longe de esgotar a matéria, convém uma breve nota, a título ilustrativo.

Manzini [4] conceituava o crime como o "fato humano (ação ou omissão) com o qual se viola um preceito jurídico provido daquela sanção específica de coerção indireta, que é a pena em seu sentido próprio". Numa concepção substancial:

[...] é uma ação ou omissão passível de pena, imputável a uma ou mais pessoas, lesiva ou perigosa a um interesse penalmente tutelado, constituída de determinados elementos e eventualmente subordinada a certas condições de punibilidade e acompanhada de determinadas circunstâncias.

Ao defini-lo, Jiménez de Asua [5] procura estabelecer todos os seus requisitos, constantes ou variáveis: crime "é o ato tipicamente antijurídico e culpável, submetido às vezes a condições objetivas de punibilidade, imputável a um homem e sujeito a uma sanção penal", dotado, então, das seguintes características: "atividade, adequação típica, antijuridicidade, imputabilidade, culpabilidade, penalidade e, em certos casos, condição objetiva de punibilidade".

Numa análise meramente *formal* (ou nominal [6]), crime é o que a lei prevê como tal [7]; ou seja, formalmente, crime é conduta humana que contraria a lei penal.

Ainda, pode o crime ser definido como uma conduta humana que lesiona ou expõe a perigo de lesão bem jurídico penalmente tutelado [8], de caráter individual, coletivo ou difuso [9]. A concepção *material* (ou substancial), destarte, tem seu fulcro no princípio da "proteção de bem jurídico" [10], identificando-se com a conduta humana geradora de "danosidade social".

A elaboração do *conceito analítico*, segundo informa Bitencourt, começou ainda com Carmignani (1833), com antecedentes mais remotos em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Essas primeiras construções aliam-se ao conceito clássico de delito bipartido em aspectos objetivo e subjetivo, cuja noção seria complementada mais tarde com o tipo de Beling [11]. Desde então, sob o prisma *analítico* (dogmático ou operacional [12]), crime é um comportamento típico, ilícito e culpável [13]. A punibilidade, como consequência jurídica do crime, é a possibilidade concreta de aplicação da pena [14].

Em estudo recente, Luiz Flávio Gomes defende a punibilidade como terceiro requisito do *fato punível*. Os argumentos são, em essência, os seguintes: a) o fato (materialmente típico e antijurídico – *i. e.*, o injusto) só é punível quando ameaçado com pena; b) o *ius puniendi* estatal possui três momentos, sendo o primeiro deles o direito de ameaçar com pena, a punibilidade; c) não havendo ameaça de pena, não há fato punível; d) entendido o crime como fato punível, a punibilidade nada tem a ver com as suas

conseqüências jurídicas; e e) a culpabilidade não integra a teoria do delito, mas, como pressuposto indeclinável da pena, é o elo entre a teoria do delito e a teoria da pena [15].

A nosso sentir, o entendimento é equivocado. Cirino dos Santos, que trabalha exatamente com a noção do delito como fato punível, escreve que as duas categorias elementares do fato punível são "o *tipo de injusto* e a *culpabilidade*", nos seguintes termos:

Esses componentes elementares do fato punível se relacionam, a partir de GRAF ZU DOHNA, como *objeto de valoração* e *juízo de valoração*: o *injusto*, como objeto de valoração, e a *culpabilidade*, como juízo de valoração. O componente de *injusto* do fato punível é a realização não justificada de um tipo de crime, o que permite dizer que o objeto de valoração é um *tipo de injusto*. O componente de *culpabilidade* do fato punível é um juízo de reprovação sobre o sujeito que realiza um *tipo de injusto* [...].

O conceito de fato punível é constituído pelas características gerais da *ação*, da *tipicidade*, da *antijuridicidade* e da *culpabilidade* e, em regra, a presença dessas categorias é suficiente para determinar a punibilidade respectiva; por exceção, a punibilidade pode depender da existência de outros pressupostos ou circunstâncias, conhecidos como *condições objetivas de punibilidade* e *fundamentos excludentes de pena*. [16]

A culpabilidade integra a estrutura analítica do fato punível como juízo negativo de valoração do injusto típico. A punibilidade não é ameaça abstrata de pena, mas necessidade/possibilidade de sua aplicação, decidida *a priori* pelo legislador ou remetida ao aplicador da lei, em alguns casos. Assim, nas hipóteses de previsão do perdão judicial, por exemplo, o fato pode ser típico, antijurídico e culpável, sendo, em tese, punível. No caso concreto, em atenção às circunstâncias, a pena pode não ser necessária, afastando-se sua aplicação.

Também Bitencourt, acompanhando, nesse aspecto, Assis Toledo, sustenta que "a eventual exclusão da punibilidade, quer por falta de uma *condição objetiva*, quer pela presença de uma *escusa absolutória*, não exclui o conceito de crime já perfeito e acabado". [17]

Em última nota, convém registrar, a propósito da posição sustentada por Luiz Flávio Gomes e de variados sistemas conceituais que incluem, de longa data, a punibilidade na definição de delito, a lição de Bitencourt:

Welzel, a seu tempo, preocupado com questões semânticas, pela forma variada com que penalistas referiam-se à culpabilidade normativa, frisou que 'a essência da culpabilidade é a reprovabilidade'. Destacou ainda que, muitas vezes, também se denomina 'a reprovabilidade *reprovação* da culpabilidade e a culpabilidade *juízo de culpabilidade*'. 'Isso não é nocivo – prossegue Welzel – se sempre se tiver presente o caráter metafórico destas expressões e se lembrar que a culpabilidade é uma *qualidade negativa* da

própria ação do autor e não está localizada nas cabeças das outras pessoas que julgam a ação'. Essa lição de Welzel, o precursor do finalismo, é lapidar e desautoriza inexoravelmente entendimentos contrários quanto à definição de crime e à própria localização da culpabilidade.

Na realidade, a expressão 'juízo de censura' empregada com o significado de 'censura', ou então 'juízo de culpabilidade' utilizada como sinônimo de 'culpabilidade', têm conduzido a equívocos, justificando, inclusive, a preocupação de Welzel, conforme acabamos de citar. É preciso destacar, com efeito, que *censurável* é a conduta do agente, e significa *característica negativa da ação* do agente perante a ordem jurídica. E 'juízo de censura' – estritamente falando – é a avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável. Essa avaliação sim – juízo de censura – é feita pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação; por essa razão se diz que está na *cabeça do juiz*. Por tudo isso, deve-se evitar o uso metafórico de *juízo de censura* como se fosse sinônimo de *censurabilidade*, que, constituindo a essência da culpabilidade, continua um atributo do crime. O *juízo de censura* está para a *culpabilidade* assim como o *juízo de antijuridicidade* está para a *antijuridicidade*. Mas ninguém afirma que a antijuridicidade está na cabeça do juiz. [18]

Diz-se, do fato, que é punível, exatamente porque, sendo materialmente típico e ilícito (injusto), agrega-se-lhe uma qualidade negativa *a priori*, cuja elaboração normativa (abstrata) será reproduzida pelo intérprete na aplicação concreta, em relação ao fato material praticado pelo sujeito. Noutras palavras, o fato é punível se e quando previsto na lei como crime, praticado sem justificação e censurável, embora as três categorias sejam apreciadas, num momento posterior, pelo julgador, no plano concreto. O fato previsto como crime pelo legislador será criminoso de fato quando a culpabilidade, como qualidade negativa da ação, for afirmada no plano concreto. De certa forma, não é incorreto dizer que a *censurabilidade* já é pressuposta, no plano abstrato, pelo legislador, tal qual se dá com a ilicitude. A intimidação que exerce a previsão abstrata de pena é fundamentada e se concretiza, exatamente, diante de uma ação típica, ilícita e culpável. A culpabilidade integra, pois, a estrutura do delito, ainda quando se tome por referência a teoria do *fato punível*.

O crime é um todo unitário, que não pode ser cindido no plano ontológico. Normativamente, porém, pode, como visto acima, ser fracionado, falando-se em "predicados", "características", "aspectos" ou "fases de valoração". Tais "elementos" são categorias jurídicas abstratas, possibilitando a melhor compreensão da realidade fenomênica, com suas repercussões, extraíndo-se da abordagem didática as conseqüências pragmáticas de relevo e conferindo transparência na aplicação da lei penal.

Ainda quanto ao conceito analítico, Jescheck e Weigend, citados por Cirino dos Santos, anotam ser "capaz de indicar os *pressupostos de punibilidade* das ações previstas na lei como crimes, de funcionar como *critério de racionalidade* da jurisprudência e de contribuir para a *segurança jurídica do cidadão* no Estado Democrático de Direito." E acrescentam:

A dogmática penal contemporânea coincide na admissão de duas categorias elementares do fato punível: *o tipo de injusto* e a *culpabilidade*. Essas categorias elementares concentram todos os elementos da definição *analítica* de fato punível, mas a operacionalização da definição analítica requer o *desdobramento* daquelas categorias gerais nas categorias mais simples que a constituem: a) o conceito de *tipo de injusto* é constituído pelos conceitos de *ação*, de *tipicidade* e de *antijuridicidade*; b) o conceito de *culpabilidade* é constituído pelos conceitos de *capacidade penal*, de *conhecimento da antijuridicidade* (real ou potencial) e de *exigibilidade de comportamento diverso* (ou *normalidade das circunstâncias da ação*). [19]

Pode-se perceber, do ponto de vista analítico, que as categorias paradigmáticas que servem de premissa ao estudo das *causas especiais de exclusão do crime*, apesar das diversas correntes doutrinárias, não variam [20]: *tipicidade*, *ilicitude* e *culpabilidade*.

Por outro lado, questão pouco explorada até então na doutrina diz respeito ao conceito legal de crime.

Com efeito, muitos são os termos utilizados para a designação do fato relevante para o Direito Penal: *infração*, *delito*, *contravenção*, *crime*. O termo "infração" é o mais genérico, indicando a violação do comando jurídico-penal, abrangendo o "crime" [21] (ou "delito") e a "contravenção". Entre nós, não há razão para distinção entre *delito* e *crime*, tomados como sinônimos e reservando-se *contravenção* para infrações de menor gravidade previstas em lei especial, de acordo com o critério legislativo de valoração. [22] Crime e contravenção não são, pois, institutos que se possam distinguir ontologicamente [23], senão axiologicamente, de acordo com a menção do legislador quanto ao grau de reprovação da conduta, realizado *ex ante*.

O conceito de crime, como visto, pode ser aferido sob diferentes prismas. Do ponto de vista *legal*, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-Lei n. 3.914/41) diz que crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, ou uma destas, cominada, alternativa ou cumulativamente, com pena de multa. Contravenção é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. O conceito legal de crime, portanto, presta-se à identificação, dentre as infrações ao Direito, daquelas condutas elevadas ao grau máximo e médio de reprovação pela ordem jurídica, (crimes e contravenções, respectivamente). Sabido que *crime* e *contravenção*, em essência, não se distinguem. Porém, *o elemento característico de ambas categorias, em contraposição às infrações de natureza administrativa, é a pena cominada em abstrato no preceito secundário da norma incriminadora ou contravencional*.

Mesmo a reforma penal de 1984 não alterou esse paradigma. O item 40 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do CP salienta que o projeto levado a cabo com a Lei n. 7.209/84 adota as penas restritivas de direito como *substitutivas* da pena privativa de liberdade, como se vê no caput do art. 44 do CP. Essa situação não foi alterada com a edição da Lei n. 9.714/98, que apenas ampliou o elenco das penas substitutivas e as hipóteses de sua aplicação na sentença, sempre após a fixação da pena privativa de liberdade *in concreto*.

A pena privativa de liberdade, além de identificar uma infração penal e distinguir o crime da contravenção, é adotada como único parâmetro para a verificação da prescrição, seja pelo máximo da pena cominada em abstrato, seja pela pena concretizada na sentença (ainda que substituída por pena restritiva de direito).

Enquanto a multa é prevista como pena substitutiva para o crime, o art. 5º da LCP (Dec.-Lei 3.688/41) a reconhece como pena principal, sendo a sanção principal cominada às contravenções dos arts. 20, 22 *caput* e §1º, 29, 30, 32 (revogado), 37, 38, 43, 44, 46, 49, 50 §2º, 57, 61, 66 e 68 *caput* do referido diploma normativo. Evidente que a conversão da pena de multa em prisão simples em caso de inadimplemento, outrora admitida pelo art. 9º da LCP, resta impossibilitada diante da redação conferida ao art. 51 do CP pela Lei n. 9.268/96.

3. A REVOGAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 6.368/76 E SEU CONFRONTO COM O ART. 28 DA Lei 11.343/06: ABOLITIO CRIMINIS OU TIPIFICAÇÃO CONTRAVENCIONAL?

O art. 16, da Lei 6.368/76, prevê:

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

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

Trata-se, com efeito, de infração de menor potencial ofensivo, diante da recente redação conferida ao art. 61 da Lei n. 9.099/95, de competência dos Juizados Especiais Criminais, conclusão que, a rigor, já se extraía desde o advento da Lei n. 10.259/01. [24]

Agora, com a iminente revogação da Lei n. 6.368/76 pela Lei n. 11.343/06, temos:

"TÍTULO III – DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINserÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

[...]

CAPÍTULO III – DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

[...]

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

§4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

[...]

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

[...]

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."

Uma análise apressada do disposto no art. 28, *caput* e respectivos incisos, poderia levar a conclusão de que houve, pura e simplesmente, *abolitio criminis* da posse de droga

ilícita para uso pessoal, haja vista que não há, no preceito secundário da norma, no caso representado pelos incisos, cominação de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção).

Sobre o instituto da *abolitio criminis*, a doutrina informa, com destaques nossos:

"A lei nova que retira do fato o seu caráter delituoso é uma das causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107, III) [...]. Toda e qualquer conduta prevista como crime perde esse caráter com o advento de uma nova lei que assim o declare de modo expresso, quando revoga a norma incriminadora, ou de modo implícito, quando não a mantém na relação dos ilícitos de um novo diploma." (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265)

"[...] é porque se considera que a ação realmente não atinge os interesses que se pretendia proteger, ou que estes não merecem a tutela jurídico-penal. Ninguém pode ser punido por fato que se considera penalmente irrelevante." (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 403)

"[...] supõe que o Estado já não o considera [o fato] contrário aos interesses da sociedade. [...] Não se justifica que o Estado continue a impor a sua vontade em prejuízo de interesses jurídicos fundamentais do transgressor da norma quando a considera inútil, anacrônica e iníqua." (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. parte geral. 20^a ed. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 74-75)

"Perfaz-se a *abolitio criminis* quando lei posterior não mais tipifica como delito fato anteriormente previsto como ilícito penal." (PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 559)

"Se a lei posterior deixa de considerar o fato como criminoso, isto é, se lei posterior extingue o tipo penal [...]" (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. parte geral. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 517)

"[...] quando o Estado, por razões de política criminal, entende por bem em não mais considerar determinado fato como criminoso [...]. Se o bem que, antes, gozava de certa importância e hoje, em virtude da evolução da sociedade, já não possui o mesmo *status*, deverá o legislador retirá-lo do nosso ordenamento jurídico-penal [...]. (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 692)

E não é só. O Código Penal diz, literalmente (art. 2^o), que ninguém pode ser punido por fato que lei posterior *deixa de considerar crime*.

Sendo assim, uma análise mais criteriosa se impõe. Sobretudo porque a rubrica do capítulo III do título III da novel legislação fala em crimes e penas, sendo que os artigos que seguem (27 a 29) ora falam em pena, ora em medida educativa. Com efeito, a única pena prevista, imediatamente, para as condutas tipificadas no art. 28, *caput* e §1º, é a de prestação de serviços à comunidade – sabidamente pena substitutiva, não havendo previsão similar em nossa legislação que autorizasse concluir que para uma conduta criminosa não fosse cominada, no plano abstrato, pena de reclusão ou de detenção. Porém, mediatamente, em que pese a péssima técnica legislativa, admite-se a aplicação de pena de multa, nos termos e critérios estabelecidos no art. 28, §6º, II c/c art. 29 da Nova Lei de Tóxicos.

Em suma, a conduta antes prevista no art. 16, da Lei n. 6.368/76, não foi abolida do mundo jurídico-penal, devendo-se adotar como parâmetro indeclinável a teoria da tipicidade. Encontra-se, a rigor, tipificada de maneira ainda mais abrangente, para alcançar gama expressiva de núcleos do tipo alternativo (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo), antes ligados às condutas previstas no art. 16 da Lei 6.368/76 (Adquirir, guardar ou trazer consigo), bem como outros ligados ao art. 12 da mesma lei (semear, cultivar ou colher plantas).

No que se refere à sanção penal, impende reconhecer a descriminalização de referidas condutas reunidas sob a rubrica da posse de droga ilícita para consumo próprio, passando o tipo de injusto a reclamar "punição" menos severa, própria das contravenções penais – no caso a pena de multa como referência mediata, havendo inclusive prazo prescricional assim indicado no art. 30 da Lei 11.343/06. O que ocorre é que, por imprecisão de técnica legislativa, a "pena" cominada abstratamente à conduta tipificada no art. 28, *caput* e §1º, encontra-se prevista no art. 29, sendo de aplicação subsidiária no subsistema instituído pela Nova Lei de Tóxicos, como medida coercitiva para o cumprimento das demais sanções, autênticas medidas pedagógicas.

Conclusão: a Nova Lei de Tóxicos, que revogou o art. 16, da Lei 6.368/76, tipificou conduta similar (Art. 28, *caput* e §1º), operando *rebaixamento* em seu *status* jurídico-repressivo, caracterizando-a como autêntica *CONTRAVENÇÃO PENAL*. [25]

Tal conclusão se coaduna com a previsão contida no §1º do art. 48 da Lei 11.343/06, no sentido de que as condutas previstas no art. 28 são processadas na forma do art. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/95, não havendo imposição de flagrante, com o encaminhamento imediato do conduzido ao JEC ou, na impossibilidade, com a adoção de providências investigatórias sumárias pela autoridade policial (art. 48, §2º) e lavratura de termo de compromisso de comparecimento ao JEC, vedada a manutenção da prisão cautelar (art. 48, §§3º e 4º).

Afastada a ocorrência de *abolitio criminis*, trata-se de descriminalização *sui generis* (a lei nova modifica o regime jurídico-penal tipificando a conduta como contravenção), representativa de *novatio legis in melius* [26]. O fato não perde seu caráter criminoso (*lato sensu*) mas não se torna indiferente perante o ordenamento jurídico-penal. Não há extinção da punibilidade com efeitos retroativos em relação aos sujeitos já condenados com sentença definitiva que já tenham cumprido as respectivas penas pela prática de crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76.

Aos fatos praticados na vigência da Lei 6.368/76, cujos processos não tiverem sido iniciados, será aplicada a lei nova, sem ressalvas. Por outro lado, se o processo estiver em andamento, na primeira instância ou em grau de recurso, deverá ser designada audiência especial (perante qualquer juízo) para proposta de aplicação imediata de pena prevista na lei nova, caso haja aceitação do acusado. Não aceitando a proposta, caso condenado, o autor do fato será submetido às novas sanções, que são mais benéficas. Permanecem, a nosso sentir, os requisitos para que seja aplicada, imediatamente, pena restritiva de direito, nos termos do art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95, *ex vi* do disposto no art. 48, §1º, da Lei n. 11.343/06.

Pendente de execução, na hipótese de condenação a pena privativa de liberdade, a pena deverá ser convertida para, em substituição, aplicarem-se as penas previstas na Lei 11.343/06.

O mesmo raciocínio se aplica ao condenado por cultivar ou semear planta de que se extrai droga ilícita se, na sentença, foi condenado nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76 e se reconheceu que se tratava de "plantio" para extração de droga para o próprio consumo.

4. PRIMEIRAS IMPRESSÕES

4.1. Não houve *abolitio criminis* em relação à conduta prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/76, tendo em vista conduta mais abrangente tipificada no art. 28 da lei n. 11.343/06 (Nova Lei de Tóxicos).

4.2. Diante da previsão de pena de multa no art. 28, §6º, II, *c/c* art. 29, a natureza jurídica do art. 28 da Lei n. 11.343/06 é de *contravenção penal*.

4.3. Quanto às condutas praticadas na vigência da Lei 6.368/76, não se aplica o disposto no art. 107, III, do Código Penal.

4.4. O art. 28 da Lei n. 11.343/06 caracteriza *novatio legis in melius*, possuindo eficácia retroativa por força do princípio constitucional da retroatividade da lei benigna.

4.5. Em nenhuma hipótese o possuidor de droga para consumo pessoal ("usuário"), só por este fato, poderá ser mantido na prisão.

NOTAS

1. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 147.
2. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 1.
3. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 79.
4. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*, v. 1, p. 530.

5. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *El criminalista*, v. 3, p. 188.
6. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, v. 1, p. 147.
7. O rol de perspectivas conceituais, aqui apresentado, não é exaustivo. Ariel Dotti, v.g., cataloga os conceitos: a) *jurídico-legal*, "o crime é o fato definido como tal pela lei". E salienta que o conceito assim posto revela, também, um aspecto meramente formal, identificando e limitando o objeto da Criminologia aos fatos que o sistema positivo declara delituosos. Esta perspectiva positivista ainda guardaria adeptos, como os representantes da Criminologia Socialista; b) *natural*, "o crime é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.", sendo que tal definição, elaborada por Rafael Garofalo, um dos líderes da Escola Positiva, não alcançou prestígio científico; c) *radical*, "o crime é toda violação individual ou coletiva dos direitos humanos", conceito introduzido pelos adeptos da Criminologia Radical, transcendente do critério da *estadualidade* e que, portanto, liberta a criminologia das servidões das ordens politicamente impostas; d) *sociológico*, "o crime é o comportamento socialmente desviado que produz um dano ou perigo de dano", baseando-se a concepção na *deviance* como violação ou ruptura de padrões de comportamento comunitário (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 299-300).
8. Nesse sentido, BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*, p. 195 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 80.
9. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, v. 1, p. 148.
10. A respeito, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, v. 1, p. 82-84.
11. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. v. 1, p. 142.
12. Juarez Cirino dos Santos, citando Schwendinger, leciona que "as definições de um conceito podem ter natureza *real*, *material*, *formal* ou *operacional*, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada." E complementa, com apoio em Jescheck e Weigend: "definições *reais* explicariam a gênese do fato punível, importante para delimitar o objeto de estudo da criminologia; definições *materiais* indicariam a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesão de bens jurídicos capaz de orientar a formulação de políticas criminais; definições *formais* revelariam a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com pena; enfim, definições *operacionais* identificariam os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 1-2).
13. Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 80; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 79 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral, v. 1, p. 142.
14. Assis Toledo, citando Tourinho Filho, escreve que a punibilidade é uma nota genérica de todo o crime, ao passo que este, quando se apresenta estruturalmente perfeito em todos os seus elementos, é um fato "punível" que reclama necessariamente a pena. A exclusão da punibilidade não suprime a idéia do crime já perfeito; o fato se torna impunível, apesar da existência de um crime anteriormente configurado (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 81).

15. GOMES, Luiz Flávio. Da punibilidade como terceiro requisito do fato punível. *Direito Penal* – Revista de direito penal e ciências afins. Disponível em: www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1058. Acesso em: 6 ago. 2003.
16. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 203 e 271.
17. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral, v. 1, p. 144.
18. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral, v. 1, p. 273-277.
19. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 21, I 2, p. 195; § 39, I 1, p. 425; *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 2-3.
20. Há concepções que se afastam do conceito tripartido, mas que, consensualmente, num plano de razoabilidade, não contam com maior prestígio.
21. Modernamente, cresce a preferência, por razões de cunho filosófico-ideológico que servem de supedâneo às respectivas teorias, por expressões como *fato punível*, *injusto penal*, *indiferente penal*. Para uma primeira confrontação entre as idéias de *tipo legal* e *tipo de injusto* (cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 60-63).
22. Sobre as contravenções penais, Ariel Dotti diz que, "além de uma *lei fundamental* dispendo sobre as contravenções penais, *i.e.*, o Decreto-Lei n. 3.688, de 3.10.1941, o sistema contém variados diplomas especiais regulando essa modalidade de infração penal", sendo "diversificados os interesses protegidos: fé pública, símbolos nacionais, igualdade racial etc. A legislação atinente às contravenções penais é também fragmentária e comprometedora de uma eficaz aplicação do sistema penal. Diante da impossibilidade em se promover uma descriminalização radical nesse domínio, mesmo porque advoga-se muito atualmente a necessidade de uma *direito administrativo penal* como meio de prevenção dos ilícitos mais graves, é fundamental reduzir o elenco dessas infrações ao mínimo razoável" (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 14).
23. Ariel Dotti também frisa que "o pensamento clássico em matéria penal não admite diferença ontológica entre crime (ou delito) e contravenção. Reconhecendo as insuperáveis dificuldades para demarcar as fronteiras entre tais terrenos de ilicitude, o legislador brasileiro foi pragmático [...]. A distinção entre crime e contravenção, portanto, é puramente convencional, vale dizer, resulta da natureza da sanção aplicável a uma e a outra dessas infrações, como declara a LICP" (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 297-298).
24. Cf. IENNACO DE MORAES, Rodrigo. O crime do art. 16, da Lei 6.368/76, é infração penal de menor potencial ofensivo? - Leis 9.099/95, 10.259/01 e 10.409/02: a) *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/MG*, disponível na internet: <http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf/>, <http://www.pgj.mg.gov.br/artigos/penal/art19.htm>, 10.08.2002. Belo Horizonte/MG; b) *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0298/index_html, 10.09.2002, São Paulo/SP; c) *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, disponível na internet http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0359/index_html, 18.11.2002, São Paulo/SP; d) *Direito Penal - Revista de Direito Penal e Ciências Afins*, Revista n. 26, disponível na internet: <http://www.direitopenal.adv.br>,

- <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=784>, 17.09.2002. Governador Valadares/MG; e) *Boletim do ICP - Instituto de Ciências Penais*, ano 3, nº 30, outubro de 2002, Belo Horizonte/MG
25. Não se trata, com efeito, da primeira contravenção prevista fora da LCP nem da primeira vez que a pena está prevista num dispositivo diverso do preceito primário, como poder ser visto nos arts. 3º e 4º da Lei de Introdução ao Código Penal. Aliás, o último aspecto também se verifica nos tipos de injusto em que se prevêm crimes qualificados (preceito primário num artigo, pena em outro).
26. Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74 e 89.
-

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

BRASIL. *Código penal*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Da punibilidade como terceiro requisito do fato punível. In *Direito Penal – Revista de Direito Penal e Ciências Afins*. Disponível em: www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1058. Acesso em: 6 ago. 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

IENNACO DE MORAES, Rodrigo. *Causas especiais de exclusão do crime*. Porto Alegre, Safe, 2005

_____. O crime do art. 16, da Lei 6.368/76, é infração penal de menor potencial ofensivo? - Leis 9.099/95, 10.259/01 e 10.409/02: a) *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/MG*, disponível na internet: <http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf/>, <http://www.pgj.mg.gov.br/artigos/penal/art19.htm>, 10.08.2002. Belo Horizonte/MG; b) *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0298/index_html, 10.09.2002, São Paulo/SP; *Direito Penal - Revista de Direito Penal e Ciências Afins*, Revista n. 26, disponível na internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=784>, 17.09.2002. Governador Valadares/MG; d) *Boletim do ICP - Instituto de Ciências Penais*, ano 3, nº 30, outubro de 2002, Belo Horizonte/MG

JESUS, Damásio E. de. *Lei das Contravenções Penais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1993

- _____. *Direito Penal – parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El criminalista*. Buenos Aires: La Ley, 1944. v. 3.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951. t. III.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

*promotor de Justiça em Minas Gerais, mestre em Ciências Penais pela UFMG, professor do curso de pós-graduação em Ciências Penais da UFJF e do curso de Direito do Unileste (MG).

IEENACO, Rodrigo. **Abrandamento jurídico-penal da "posse de droga ilícita para consumo pessoal" na Lei nº 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de "abolitio criminis"**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868>>. Acesso em: 03 out. 2006.