



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Conduta de Posse de Droga para o Consumo Próprio

Marcele Cristina Rodrigues Cavalcanti

Rio de Janeiro
2009

Marcele Cristina Rodrigues Cavalcanti

A Conduta de Posse de Droga para o Consumo Próprio

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A CONDUTA DE POSSE DE DROGA PARA O CONSUMO PRÓPRIO

Marcele Cristina Rodrigues Cavalcanti

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: a nova lei de drogas trouxe um tratamento diferenciado ao usuário, o que fez repercutir na doutrina e na jurisprudência controvérsias a respeito da *men legis* e de sua correta aplicação. A essência do trabalho é desvendar a real intenção do legislador, por meio de uma profunda análise do tipo penal referente ao usuário e apontar a melhor exegese.

Palavras-chaves: Penal, Drogas, Despenalização.

Sumário: 1- Introdução. 2- Evolução legislativa e sua contextualização. 3- Aspectos materiais e formais do tipo penal. 4- *Abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*. 5- Das penas. 6- Da prescrição. 7- Da retroatividade da lei mais benéfica. 8- Considerações finais. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem como foco o novo tratamento dispensado pelo legislador brasileiro na tipificação da conduta de posse de droga para o consumo próprio. É notória a evolução legislativa a esse respeito. O Decreto-lei 2.848/40, atual Código Penal, continha em sua redação original o artigo 281, que disciplinava a prática de tráfico e posse sem qualquer diferenciação, foi revogado pela introdução de uma lei

especial sobre a matéria, a de número 6.368/76, a qual tipificou as condutas de forma separada nos artigos 12 e 16. Em 1995, com a vigência da lei 9.099, inaugurou-se o instituto da suspensão condicional do processo, que era também aplicável ao usuário de droga. Com o surgimento da lei 10.259, em 2001, a posse passou a ser considerada infração de menor potencial ofensivo. E, recentemente, a lei 11.343/06, em seu artigo 28, trata da posse para o consumo pessoal, mas sem a cominação de pena privativa de liberdade.

Logo, mostra-se evidente a preocupação do legislador, ao longo de mais de sessenta anos, em proporcionar ao dependente químico um tratamento diferenciado, não o considerando como um delinqüente comum, o qual é submetido a uma pena com as finalidades de retribuição e prevenção, mas, pelo contrário, tendendo à aplicação de uma Justiça Terapêutica, com base nos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade do Direito Penal e da lesividade.

Diante desse quadro, busca-se alcançar o verdadeiro sentido da novel norma, a *mens legis*, por meio de um estudo da evolução histórica do tema, da principiologia inerente e da doutrina especializada, porquanto há total relevância na distinção entre a descriminalização e despenalização da conduta de posse de droga ilícita para o consumo próprio.

No desenvolver do artigo, serão examinados os seguintes tópicos: a evolução legislativa, os aspectos materiais e formais do tipo penal, a distinção entre *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*, as penas cabíveis, a prescrição e a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Portanto, procura-se alcançar a real intenção do legislador com a elaboração da nova lei de drogas, se é punir o dependente químico ou recuperar sua saúde, ou seja, se será aplicada uma Justiça Punitiva ou uma Justiça Terapêutica, para assim determinar se a conduta de posse deixou de ser crime ou se apenas foi extinta a punição em pena privativa de liberdade.

2- A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO

Em razão do limite desse trabalho, não se adentrará na análise dos diplomas legais mais antigos, começando pela redação original do Decreto-lei 2.848/40, atual Código Penal, na qual não constava incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, tipificava apenas o tráfico (art. 281).

Em 1968, diante do crescente aumento mundial do consumo, o Decreto-lei 385/1968 alterou o art. 281 do CP, acrescentando a esse tipo penal a conduta de trazer consigo substância entorpecente para o uso próprio, sendo ambas as condutas, posse e tráfico, cominadas com a mesma pena, conforme se vislumbra abaixo:

“Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou da substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

Cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

Porte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

Aquisição de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

IV - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração do preceito legal ou regulamentar:

Pena - detenção de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 3º Incorre nas penas de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, quem:

Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

Local destinado ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

II - utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

Incentivo ou difusão do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

III - Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Forma qualificada.

§ 4º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço), se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o inciso I do § 3º.

Bando ou quadrilha.

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Forma qualificada.

§ 6º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos §§ 1º, inciso III, e 2º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço).

Forma qualificada.

§ 7º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal.”

Tal acréscimo no tipo penal se deu em função do aumento da mercancia e, conseqüentemente, do consumo, na mesma proporção do crescimento da impunidade dos traficantes, que, quando arrebatados por policiais, tinham ao seu favor o argumento defensivo de que eram apenas usuários.

Posteriormente, veio a Lei nº 5.726/71, dispondo sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao artigo 281 do CP e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo. Essa lei

trouxe várias inovações, acresceu as hipóteses de condutas delituosas, inclusive a associação para o tráfico.

A supracitada lei foi substituída pela Lei nº 6.368/1976, que dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, entre outras providências.

O art. 16, da Lei 6.368/76, previa:

*"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."*

Com a Lei nº 6.368/1976, a conduta do porte para consumo pessoal sofreu forte redução no quantum de pena, além disso, ele ficava isento de pena quando reconhecida sua inimputabilidade. Portanto, foi com essa lei que se fez a diferenciação entre usuário e traficante.

Enquanto isso, o resto do mundo se mostrava dividido entre os adeptos do proibicionismo e do abolicionismo, quanto à questão da posse de drogas para o consumo próprio. Os Estados Unidos se posicionaram como proibicionista, adotando a política de “guerra às drogas”. Esse país prega a abstinência e a tolerância zero, vê a questão do uso de drogas como um problema policial, adotando como solução o encarceramento massivo.

A Organização das Nações Unidas vem aderindo essa tendência político-criminal norte-americana, por meio de manifestações e relatórios no sentido da não-liberalização da maconha, criticando vários países que são contrários a esse entendimento.

Por outro lado, vários países da Europa seguiram pelo abolicionismo, sob o fundamento de que todo o ser humano tem direito de se autodeterminar, além do respaldo em princípios como o da intervenção mínima do estado, da fragmentaridade e da transcendentalidade, devendo, portanto, o dependente de drogas deve ser tratado pelo

Estado como um doente que merece cuidados médicos e psicológicos, como hoje ocorre com os viciados em álcool e tabaco.

Esses argumentos dos abolicionistas foram rebatidos pelos proibicionistas da seguinte forma, em primeiro lugar o direito de autodeterminação não é absoluto, assim como todos os demais, e por isso é limitado, devendo prevalecer o interesse público sobre o particular, já que o objeto jurídico protegido é a saúde pública, com esse argumento derruba todos os princípios mencionados, porquanto se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública.

Além disso, os proibicionistas alegam que a abolição não diminuiu nem o tráfico nem o consumo, conforme demonstraram experiências postas em prática em alguns países europeus, que, por isso mesmo, regrediram. E, mesmo quando se pretendeu a legalização apenas das drogas consideradas mais leves, foi favorecido o desenvolvimento da venda das drogas mais pesadas, o que se chama de teoria da escalada.

Porém, também não existem resultados positivos e concretos dessa política repressiva norte-americana. É notório que quando a própria vítima concorre para o delito, são poucas as chances de o Poder Público conseguir punir os envolvidos.

Hodiernamente, na Europa surgem iniciativas políticas de "redução dos danos", como medidas de prevenção, dissuasão, tratamento de saúde e reinserção social, em que o assunto é tratado como uma questão de saúde pública, não sendo tema de competência da Justiça Penal. Esse modelo propugna pela descriminalização gradual das drogas, tendo por fundamento uma política de controle.

No Brasil foi adotada a tese de que o objeto jurídico principal da proteção penal no crime de posse de drogas é a saúde pública. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta 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 fator decisivo na difusão dos tóxicos. Deste modo, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual.

Nesse sentido, depreende-se o entendimento do jurista Damásio, que segundo ele:

“A essência do delito de porte de droga para uso próprio se encontra na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão a pessoas que compõem o corpo social. Tomando em consideração o respeito que deve existir entre os membros da coletividade no que tange à proteção da saúde pública, o portador da droga lesiona o bem jurídico difuso, i. e., causa um dano massivo, uma lesão ao interesse estatal de que o sistema social funcione normalmente”.(JESUS, Damásio E. de. Portar droga para uso próprio é crime? . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1794, 30 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328>>. Acesso em: 14 maio 2009.)

Diante desse quadro, a conduta de posse de droga para o consumo próprio, de acordo com a legislação atual pátria, configura uma infração penal sem cominação de pena privativa de liberdade, o que evidencia um avanço político-legislativo que segue a tendência européia, ainda que de forma moderada.

3- ASPECTOS MATERIAIS E FORMAIS DO TIPO PENAL

No dia 23 de agosto de 2006, foi publicada a Lei nº 11.343, cuja ementa dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, a prescrição de medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e o estabelecimento de normas de direito material e processual objetivando a repressão da produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, definindo crimes e estabelecendo outras providências.

Pela análise do texto legal, claramente se constata no Título III, Capítulo II, uma preocupação do legislador em reservá-lo para incriminar tão somente a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, deixando clara a separação de tratamento entre o usuário e o traficante,

sendo certo que em relação àquele ocorre uma nítida tendência para a prevenção, o tratamento e a reinserção social, tendendo a aplicação de uma justiça terapêutica, conforme transcrito abaixo:

“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.

§ 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.

§ 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.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 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.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

Diante disso, fazendo uma rápida comparação com a lei antiga, percebe-se que houve um aumento considerável das hipóteses de incidência típica. Na redação antiga, praticava-se o crime mediante três condutas: adquirir, guardar ou trazer consigo. Na nova capitulação estão previstas cinco condutas, no caput, além das três já mencionadas, ter em depósito e transportar, e no § 1º existem outras três condutas: semear, cultivar ou colher.

Portanto, trata-se de tipo misto alternativo, que consagra cinco núcleos verbais que, isoladamente configurados, por si só, já determinam a configuração plena do delito. Assim, quem adquire e transporta em seguida responde apenas por um delito, sendo a segunda conduta um autêntico exaurimento do crime.

Além disso, repara-se que foi mantido o requisito do especial fim de agir em relação à conduta, sendo necessária a destinação para uso próprio. O legislador utiliza um fim específico do agente com os objetivos de caracterizar o crime, de modo que se não houver tal fim não há crime e para abrandar o crime. O § 2º determina que o juiz deverá levar em consideração a quantidade de droga apreendida, mas tal fator não é único, devendo levar em consideração também as demais circunstâncias que envolvem o delito, tais como o local e as condições em que se desenvolveu o crime, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Este delito se distancia do crime de tráfico ilícito de entorpecentes basicamente em decorrência de seu aspecto subjetivo, ou seja, o dolo que na modalidade menos gravosa indica uma vontade e consciência voltadas apenas para o próprio consumo. A dúvida sobre a real intenção do agente, entretanto, deve conduzir à opção pelo reconhecimento do delito menos grave, por questões básicas de hermenêutica.

Com relação ao tipo objetivo especificamente, segue a análise de cada verbo típico.

Adquirir significa alcançar a propriedade ou a posse da droga, por meio oneroso ou gratuito. É ação instantânea, onde o delito resta configurado de imediato.

Guardar e ter em depósito são condutas de cunho permanente, cuja a fase de consumação se protraí no tempo. A distinção entre guardar e ter em depósito passa pela idéia de que aquela seria a ocultação pura e simples enquanto esta última de manter a droga sob seu domínio.

Transportar é o encaminhamento da droga de um local para outro, não é necessário que o agente seja o condutor do veículo onde a droga está sendo transportada, ao passo que trazer consigo é significa portar a droga junto ao corpo, diretamente, com a imediata possibilidade de alcançar a substância com rápido acesso.

O objeto jurídico da tutela penal é sempre a saúde pública, como já foi dito anteriormente, pois a ação do usuário de entorpecentes não é punida como autolesão à sua saúde individual, mas sim como um reconhecimento de que a ação proibida gera um incremento à mercancia. Isso fica claro pela não previsão, assim como já não fazia a lei anterior, do núcleo verbal referente ao uso atual ou pregresso.

Deve ser esclarecido que não cabe a interpretação na qual o núcleo “trazer consigo para uso” englobaria o uso atual, tendo em vista que a melhor interpretação indica o uso futuro, ainda que quase imediato. Em se tratando de crime, deve ser realizada a interpretação o mais restritiva possível. Há diversos julgados nesse sentido, estabelecendo ser fato atípico a conduta de quem é surpreendido quando fumava um cigarro de maconha, por ausência do núcleo “fumar” no tipo.

São crimes de perigo abstrato, que por sua vez se contrapõem aos denominados crimes de dano. Consumam-se com a mera exposição a risco do bem jurídico tutelado, ou seja, independe da efetiva ocorrência da lesão ao objeto. Se esta acontecer, haverá o exaurimento da conduta. Daí, conclui-se que a pequena quantidade de droga eventualmente arrecadada com o agente criminoso, não poderá ser reputada como requisito hábil para aplicação do princípio da insignificância, já que se trata de crime de perigo abstrato que se qualifica com a simples posse da droga para consumo.

São normas penais em branco de cunho heterogêneo. Normas penais em branco são espécies normativas cujo preceito primário se encontra incompleto, e por isso necessitando de um complemento normativo que deve surgir de uma outra norma jurídica, de igual ou inferior hierarquia. Registre-se que o preceito secundário encontra-se perfeito e acabado. Classificam-se em normas penais em branco homogêneas ou em sentido estrito, quando o complemento normativo advém de uma fonte de mesma hierarquia e normas penais em branco heterogêneas ou em sentido amplo quando o complemento surge de norma de hierarquia inferior.

Por fim, a última elementar tipo penal ora em estudo é a ausência de autorização ou desconformidade com determinação legal ou regulamentar. A autorização legal é a chancela concedida pela autoridade competente, que permite ao agente realizar um dos núcleos verbais da conduta, e a determinação legal, é o suporte que serve de base para a exclusão da tipicidade emana de lei ou algum outro ato normativo de natureza distinta. Trata-se de elementar normativa do tipo, que demanda uma valoração jurídica para a correta noção de seu significado.

No § 1º desse artigo contém tipificação da conduta daquele que semeia, cultiva, ou colhe planta destinada à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica no consumo individual.

Na lei 6368/76, esta figura apenas constava como uma forma subsidiária equiparada ao delito mais grave, de tráfico ilícito de entorpecentes. A sementeira, o cultivo e a colheita de planta psicotrópica com o objetivo de ensejar o uso individual era fato atípico.

Tal inovação legislativa merece aplausos, já que pôs fim a grande problema no momento da tipificação da conduta e do seu julgamento, porque o magistrado, a fim de garantir maior equidade em seu mister, tinha que impedir que o usuário respondesse por tráfico de substância entorpecente, pelo fato de cultivar no quintal de sua residência, por exemplo, planta que permitisse a preparação de pequena quantidade de droga.

Merece uma observação o fato de que se alguém é apreendido portando sementes, tal conduta é fato atípico.

Quanto aos núcleos do tipo penal, tem-se, semear é o ato de lançar a semente na terra com o objetivo de obter germinação, e configura ação instantânea; cultivar é conduta de cunho permanente, significando o preparo e o cuidado com a terra já semeada até o momento onde o produto final será obtido; e colher é a ação final do processo que significa a retirada do produto germinado da terra, já pronto e acabado.

Na tipicidade subjetiva há o dolo geral referente às ações nucleares principais, mas também o especial fim de agir, ou elemento subjetivo do injusto, já que o sementeio, o cultivo e a colheita devem atender apenas ao consumo pessoal do indivíduo que realiza a conduta.

4- *ABOLITIO CRIMINIS* OU *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*

Com a publicação da Lei nº 11.343/06, surgiu a controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito da ocorrência de *abolitio criminis* em relação à conduta que era regulada no art. 16 da Lei nº 6368/76.

A *abolitio criminis* é o fenômeno jurídico pelo qual o legislador resolve não mais continuar a incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa. Possui previsão no art. 2º do Código Penal.

“Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.”

Em outras palavras, significa a descriminalização da conduta, em que o Estado deixa de impor o seu dever punitivo e declara a extinção da punibilidade de todos os fatos típicos ocorridos anteriormente à edição da nova lei.

Dessa forma, o entendimento amplamente majoritário da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que a Lei nº 11.343/06 não ocasionou a *abolitio criminis* da conduta de trazer consigo para uso pessoal, mas tão somente deu tratamento mais benéfico ao agente, sob o fundamento de que a denominação do capítulo é expressa, “dos crimes e das penas”, sendo as penas próprias e específicas.

Em sentido oposto, encontra-se Luiz Flávio Gomes que entende no sentido de ter havido descriminalização formal e, ao mesmo tempo, despenalização, já que o fato deixou de ser crime porque não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP) e tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Dessa forma, segundo o autor, “se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*.” (GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez. 2006).

Tais argumentos expostos pelo respeitável professor no sentido da descriminalização são superados pela maioria da doutrina, já que esta tese se funda única e exclusivamente no critério sugerido pelo artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal que apenas apresenta a diferença entre crimes e contravenções, tendo, como único parâmetro diferenciador, as penas cominadas, por demais insuficiente. Além disso, a LICP não é a única norma legal a prever as penas a serem adotadas no Brasil. O próprio Código Penal, com sua nova parte geral de 1984, apresenta outras

penas, além da reclusão, detenção, prisão simples e multa, disciplinadas originalmente na LICP, à época do Código de 1940.

Ao lado das penas privativas de liberdade, existem também as restritivas de direito, dentre elas a prestação de serviços à comunidade, exatamente a mesma cominada para o crime em discussão (art. 28, II, e § 6º, II, da Lei 11.343/06).

Ademais, a própria Constituição Federal, topo do ordenamento jurídico pátrio, em seu art. 5º, XLVI, também contempla a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, da perda de bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos, autonomamente, como possíveis sanções a serem impostas pelo legislador. Além disso, autoriza ao legislador infraconstitucional a criação de outras modalidades de penas, desde que compatíveis com a natureza daquelas exemplificadas no dispositivo de garantias individuais, na medida em que faz uso da expressão "adotará entre outras as seguintes penas".

Portanto, a conduta de posse de drogas para consumo próprio continua sendo um fato típico, antijurídico e culpável. A *novatio legis in melius* que ocorreu nesse caso específico constitui manifestação de política criminal em que o legislador, em função de interesses sociais, fez incidir hipótese de despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

A nova lei de drogas manteve o crime no artigo 28. Não se pode falar em descriminalização, porém o seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária, bem como as restritivas de direitos de prestação pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. Configura-se, portanto, a figura da *novatio legis in melius*.

O parágrafo único da artigo 2º do Código Penal preconiza:

“Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

A jurisprudência vem se mostrando no mesmo sentido da doutrina majoritária. O julgado que pôs fim a essa discussão foi o RE 430.105/QO/RJ, de que foi

relator o Ministro Sepúlveda Pertence, no qual foi exposto que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, a conduta continua sendo crime, tendo ocorrido somente a despenalização.

5- DAS PENAS

Conforme demonstrado anteriormente, uma das principais modificações impostas pela nova lei foi quanto à retirada de qualquer espécie de pena privativa de liberdade do preceito secundário da norma penal incriminadora. Isso manifesta a inequívoca vontade do legislador em estabelecer tratamento penal diferenciado entre o usuário e o traficante, embora não tenha havido a intenção de descriminalizar por completo a conduta de menor repercussão.

O artigo 27 deixa clara a intenção do legislador de buscar a melhor “censura” do direito para a prevenção e a reinserção social do agente, podendo as penas previstas ser aplicadas isolada ou cumulativamente e alteradas a qualquer tempo, sendo elas penas restritivas de direito de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo.

A primeira pena estipulada pelo legislador é de advertência, uma inovação no ordenamento jurídico-penal, traz como sanção penal a advertência.

Nesse ponto, existe o entendimento doutrinário de não ter a advertência natureza de sanção penal, sob o fundamento de que não possui as características da pena, que são retribuição e prevenção. Essa pena não intimida o usuário a não consumir drogas, nem mesmo assume feição de retribuição, sendo completamente inócua. Além disso, a pena de advertência banaliza o Direito Penal, ferindo por completo os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Permitindo

uma pena dessa natureza dentro do Direito Penal, é igualá-lo aos demais ramos, causando descrédito perante a sociedade, que não mais temerá as sanções penais.

Mesmo diante desses argumentos, a maioria da doutrina entende que a advertência não é uma repressão moral ou religiosa, mas sim jurídica, ou seja, preza-se uma sanção legal. O juiz deve esclarecer ao agente os malefícios que as drogas podem trazer, não só a sua saúde particular, mas também a da sociedade em geral. Aborda-se os efeitos prejudiciais da droga. Essa medida pode ocorrer no próprio Juizado Criminal. Ainda, pode ser aplicada isolada ou cumulativamente com as outras medidas, como também, ser substituída a qualquer tempo, sendo vedada a conversão em pena privativa de liberdade.

Outra medida a ser adotada é a prestação de serviços à comunidade, que poderá ser fixada isolada ou cumulativamente com as demais medidas alternativas, disposto no artigo 27 da lei. Essa modalidade de pena está prevista de modo diverso do Código Penal, pois neste diploma, guarda evidente caráter substitutivo, ao passo que na nova lei, assume uma feição de sanção direta e independente, podendo durar apenas 5 (cinco) meses conforme art. 28§ 3º, salvo se o agente for reincidente, ocasião em que tal prazo máximo poderá ser duplicado. (art. 28 § 4º). E o 5º, do mesmo artigo, determina o cumprimento da medida junto a programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. O tempo de cumprimento da prestação de serviços à comunidade segue a mesma regra do artigo 46, § 3.º do Código Penal, ou seja, uma hora de tarefa por dia de condenação.

Diferentemente do que ocorre no Código Penal em que a pena restritiva de direitos descumprida pode ser convertida em privativa de liberdade, na nova lei antidrogas, caberá ao agente apenas, diante do descumprimento injustificado, a admoestação verbal e a multa.

Por fim, a última sanção prevista no preceito secundário do tipo incriminador se traduz na medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Modalidade inédita de pena, que, assim como a prestação de serviços à comunidade, somente pode durar até 5 (cinco) meses, ou no máximo 10 (dez) meses,

em caso de reincidência, caberá ao juiz fixá-las, bem como as freqüências a serem feitas. Desta forma, se não constar na sentença, caberá ao juiz de execuções delimitá-las.

Convém ser esclarecido que a reincidência prevista no § 4º é específica, ou seja, somente aquele que foi condenado anteriormente pelo crime descrito no artigo 28 e comete a mesma conduta criminosa poderá alcançar o prazo máximo da sanção.

Cabe ao julgador fazer a diferenciação do mero usuário, ou dependente de drogas, distinção esta que será fundamental na escolha da medida educativa mais adequada ao caso concreto.

As repreensões contidas no artigo 28 pertencem a um rol exaustivo, assim, será nula a sentença que colocar em prática qualquer outra sanção ao usuário. Incabível, portanto, qualquer outra sanção penal que não aquelas elencadas no artigo 28, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, que determina a existência do crime e a sanção correspondente. Ademais, como já visto, os princípios norteadores da nova lei determinam uma interpretação terapêutica e inclusiva, não punitiva.

No caso de descumprimento das sanções penais dos incisos I a III, do *caput* do art. 28, permite que o juiz faça uso das medidas educativas previstas no § 6º do mesmo artigo.

Logo, como mecanismo para garantir a aplicação das penas acima mencionadas, a lei se serve, no § 6º do art. 28 das denominadas medidas educativas de admoestação verbal e multa. São medidas pouco eficazes já que, em nenhuma hipótese, podem fazer com que a pena seja novamente transformada em privativa de liberdade.

A admoestação verbal e a multa são classificadas pela doutrina como sanções de natureza *sui-generis*, não conferindo à multa um teor de sanção criminal pois, devido à sistemática da lei, não se constitui em modalidade autônoma e independente de sanção, tendo a finalidade exclusiva de servir de elemento de coação ao usuário, para que cumpra as medidas anteriormente fixadas.

No caso da multa, ela deve ser fixada de acordo com o art. 29, ou seja, 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 destes dias, um valor determinado segundo a capacidade econômica do condenado, que deve variar entre um trinta-avos e três vezes o salário mínimo vigente. Todo o valor arrecadado com esta cobrança deverá ser convertido ao Fundo Nacional Antidrogas, conforme determina o seu parágrafo único.

Não sendo paga, a multa deverá ser tratada na sistemática do art. 51 do Código Penal, ou seja, deverá ser encaminhada à Procuradoria da Fazenda-Nacional e ser executada junto a um juiz que detenha Competência para conhecer de execuções fiscais federais.

Ainda deve ser considerado que o legislador se utilizou do termo “sucessivamente”, quando elencou a admoestação verbal e a multa, logo a admoestação verbal deverá ser a primeira possibilidade aventada pelo Juiz, em audiência que deve ser designada para tal fim. Apenas se o condenado insistir na recusa ao cumprimento das penas estipuladas, é que deverá ser aplicada a multa. Não é plausível que o juiz aplique concomitantemente as duas medidas para coagir o condenado. O uso da expressão “sucessivamente” torna certa a presente exegese, já que a lei não contém palavras inúteis.

Além disso, é impossível a aplicação imediata de pena de multa, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Da mesma forma, não é possível a aplicação de prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos ou limitação de finais de semana. Por não estarem previstas legalmente como resposta do Direito penal para as condutas que se enquadram no artigo 28 não podem ser aplicadas, mesmo em sede de transação penal.

6- DA PRESCRIÇÃO

A prescrição é uma causa extintiva da punibilidade e está prevista no art. 107, IV do Código Penal. É uma situação em que o Estado, em virtude do decurso de determinado lapso temporal, perde o seu *ius puniendi*.

Vários são os fundamentos para a compreensão de tal instituto, dentre eles, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, o esquecimento a respeito da infração penal, a dispersão de provas e o fator tranquilidade para aquele que praticou a infração, não podendo o seu erro persegui-lo para sempre.

O cálculo do prazo prescricional, de acordo com o art. 109 do Código Penal, leva em consideração, inicialmente, o limite máximo de pena privativa de liberdade estabelecida no preceito secundário da norma e, com a condenação, passa a ser regido pela quantidade de pena imposta.

Como ao crime ora analisado não se impõe sanção privativa de liberdade, o critério do legislador não poderia ser idêntico à regra da lei penal codificada, razão pela qual ficou estabelecido como prazo prescricional invariável para este delito, o menor prazo de prescrição contemplado em nossa legislação que é de 2 (dois) anos. Dessa forma, o legislador estabeleceu no art. 30, o prazo prescricional para o delito em estudo, seja em relação à pretensão punitiva ou quanto à pretensão executória, será sempre de 2 (dois) anos.

Contudo, ainda que não houvesse o disposto nesse art. 30, mesmo assim, o prazo prescricional seria de dois anos, já que as penas restritivas de direito têm o prazo máximo de cinco meses de duração e, no caso de reincidência, o prazo de até dez meses, de acordo com o art. 109, inciso VI do Código Penal, o prazo prescricional é de dois anos quando a pena aplicável possui cominação máxima de um ano, valendo o mesmo raciocínio para as penas restritivas de direitos, conforme os arts. 109, VI e parágrafo único.

A prescrição da pretensão punitiva divide-se em prescrição da pretensão punitiva abstrata, retroativa e intercorrente, existindo, ainda, a prescrição da pretensão executória.

Ressalte-se apenas que, aplicam-se ao crime de porte de drogas para uso indevido, as regras inerentes à suspensão e interrupção do prazo de prescrição.

Quanto aos eventos que suspendem o prazo, destacam-se o cumprimento de pena no estrangeiro; pendência de questão prejudicial; trânsito em julgado de sentença condenatória, enquanto o condenado for preso por outro motivo; a suspensão condicional do processo prevista na Lei 9099/95, art. 89, § 6º; na hipótese de citação por edital, se o acusado não comparecer ou não constituir advogado, o processo e o prazo prescricional são suspensos; e, por fim, quando o acusado estiver no estrangeiro, em local conhecido, quando cabível a citação por carta rogatória, fica o prazo prescricional suspenso até o seu cumprimento, de acordo com o art. 368 do Código de Processo penal.

Já em relação às causas interruptivas do prazo prescricional, estas encontram-se no art. 117 do Código Penal. São elas o recebimento da denúncia ou queixa; pronúncia; decisão confirmatória de pronúncia; sentença condenatória recorrível; pelo início ou continuação do cumprimento da pena; e reincidência.

Além disso, deve ser observada a norma constante no art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução de todos os prazos para o cálculo da prescrição para a metade, se o agente era, ao tempo da prática da conduta criminosa, menor de 21 (vinte e um) anos de idade, ou maior de 70 (setenta) anos na data da prolação da sentença.

7- DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA

Não resta dúvida que as penas previstas para a conduta de posse de droga para o consumo próprio, previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, são mais benéficas que as existentes anteriormente, impondo-se, por conseguinte, sua aplicação retroativa, inclusive aos casos em que a decisão judicial tenha transitado em julgado, consoante determina a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL, e o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal.

Em relação aos usuários já condenados em definitivo a penas diversas das previstas na nova lei e, sendo elas mais gravosas, a retroatividade é obrigatória. As condenações à pena privativa de liberdade e pecuniária foram abolidas e a retroatividade é indiscutível.

Nesse caso, os ajustes que decorrem da retroatividade devem ser feitos em sede de execução penal, por força do disposto no artigo 66, I da Lei de Execuções Penais e da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, não sendo necessário o ajuizamento de revisão criminal.

Dessa forma, sendo um usuário condenado, em definitivo, à pena privativa de liberdade de seis meses de detenção no regime aberto. A pena encontra-se abolida e é impossível a substituição da sanção por qualquer das espécies previstas na nova lei; usuário condenado em definitivo à pena pecuniária, cumulativamente aplicada com outra sanção. A pena pecuniária encontra-se extinta pela abolição.

As penas restritivas de direitos, substitutivas da privativa de liberdade, a que os usuários tenham sido condenados, somente poderão ser executadas se correspondentes às espécies previstas na nova lei, ou seja, prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana estão extintas pela abolição, vez que a nova lei não as prevê como sanção penal e não permite sua aplicação.

Por outro lado, aquele que foi condenado à pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, que é a única que possui correspondência com a nova lei, não há abolição. Porém, deverá cumprir apenas cinco meses, ou dez meses, se for reincidente específico, sem possibilidade de conversão em privativa de liberdade em caso de descumprimento.

Além disso, se tiver ocorrido anterior condenação do usuário em pena de multa, merece consideração o fato de que ela não é prevista como pena na nova lei, mas sim uma medida educativa, tendo o artigo 29 estabelecido seus parâmetros. Logo, houve abolição da pena de multa e o condenado anteriormente terá extinta a sua punibilidade.

Relevante questão que merece ser analisada é quanto às medidas alternativas pendentes de cumprimento. No caso dos réus beneficiados com a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), inexistindo sanção penal, não há que se falar em revogação ou extinção do benefício. Em caso de descumprimento das condições e revogação do benefício, o juiz deverá observar as novas penas no momento de proferir a sentença.

Quanto à transação penal, existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a transação constitui título executivo e o seu descumprimento gera a execução da medida, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal determina que no caso de descumprimento do que foi transacionado, deve ser oferecida denúncia.

Feita essa diferenciação, na hipótese de a pena aplicada na transação ter correspondência com a pena estabelecida no artigo 28, é exigível o seu cumprimento, obedecido o prazo máximo estabelecido no seu § 3º.

Entretanto, se aplicada pena restritiva de direitos, não prevista no artigo 28, ou, pecuniária, em sede de transação penal, ocorrerá a extinção da punibilidade.

Dessa forma, para aqueles que entendem como o STJ, há aplicação imediata de pena, conforme o artigo 76 da Lei 9.099/95, e, sendo o caso da não correspondência da pena, a extinção da punibilidade deve ser decretada. Para quem entende como o STF, como o descumprimento se deu pela abolição da pena, devido

uma alteração legislativa, sem qualquer interferência do autor do fato, não é possível, então, o desfazimento da transação para oferecimento da denúncia, bem como a formulação de nova proposta aos moldes da nova lei.

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova lei de drogas inova ao cominar sanções penais não privativas de liberdade ou pecuniárias, com fim de prevenir, tratar e permitir a ressocialização dos usuários e dependentes de drogas.

Tal evolução se deu por meio da introdução de princípios diretamente relacionados à política de redução de riscos, que determinam uma interpretação terapêutica e inclusiva, não punitiva.

É notória a preocupação do legislador em utilizar essa lei para incriminar de forma menos drástica tão somente a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, deixando clara a separação de tratamento entre o usuário e o traficante, sendo certo que em relação àquele ocorre uma nítida tendência para a prevenção, o tratamento e a reinserção social, tendendo a aplicação de uma justiça terapêutica.

No Brasil foi adotada a tese de que o objeto jurídico principal da proteção penal no crime de posse de drogas é a saúde pública, por isso não houve a descriminalização da conduta de porte para uso próprio. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta 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 fator decisivo na difusão dos tóxicos. Deste modo, o dano, ainda que se entenda como

potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual.

Diante desse quadro, a conduta de posse de droga para o consumo próprio, de acordo com a legislação atual pátria, configura uma infração penal sem cominação de pena privativa de liberdade, o que evidencia um avanço político-legislativo que segue a tendência européia, ainda que de forma moderada.

A jurisprudência vem se mostrando no mesmo sentido da doutrina majoritária, qual seja, de que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, a conduta continua sendo crime, tendo ocorrido somente a despenalização.

Conforme demonstrado anteriormente, uma das principais modificações impostas pela nova lei foi quanto à retirada de qualquer espécie de pena privativa de liberdade do preceito secundário da norma penal incriminadora. Isso manifesta a inequívoca vontade do legislador em estabelecer tratamento penal diferenciado entre o usuário e o traficante, embora não tenha havido a intenção de descriminalizar por completo a conduta de menor repercussão.

O artigo 27 deixa clara a intenção do legislador de buscar a melhor censura do direito para a prevenção e a reinserção social do agente, podendo as penas previstas ser aplicadas isolada ou cumulativamente e alteradas a qualquer tempo, sendo elas penas restritivas de direito de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo.

Não resta dúvida que as sanções relativas à conduta de posse de droga para o consumo próprio, previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, são mais benéficas que as existentes anteriormente, o que caracteriza uma grande guinada do legislador brasileiro no sentido da valoração maior do indivíduo que é consumidor, porém, sem implicar a descriminalização.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto e RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BIANCHINI, Alice; Gomes, Luiz Flávio; Cunha, Rogério Sanches; Oliveira, William Terra. **Lei de drogas comentada artigo por artigo**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Vicente Greco e RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez. 2006

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.