

4.2.2 Aspectos polêmicos da nova lei de drogas

Rodrigo Iennaco

Promotor de Justiça/MG.

Mestre em Ciências Penais pela UFMG.

Professor do curso de pós-graduação em Ciências Penais da UFJF.

Coordenador do Conselho Editorial do site www.direitopenalvirtual.com.br.

Desde a entrada em vigor da Lei n. 11.343/06, que revogou as Leis n. 6.368/76 e 10.409/02, o cenário relativo à disciplina jurídico-penal das drogas se apresenta nebuloso.

O STJ decidiu, recentemente, que diante da ausência de previsão, na lei nova, de circunstância análoga àquela do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 (associação eventual para o tráfico), a lei nova retroage, devendo-se decotar das condenações anteriores, ainda que trânsitas, o *quantum* relativo à majorante¹. Resta ao Ministério Público valer-se, tão-somente, das agravantes aplicáveis especialmente ao concurso de pessoas (art. 62, CP). À mesma conclusão haviam chegado os Promotores de Justiça mineiros, reunidos no final do ano passado em Araxá.

Situação tormentosa na lei nova diz respeito ao confronto dos arts. 36 e 40, VII, ambos referindo-se ao custeio e ao financiamento do tráfico e condutas assemelhadas. Aqui, pode-se apontar a tendência de interpretação no sentido de que o primeiro exige conduta dotada de estabilidade, enquanto o segundo aplica-se à eventualidade – exegese semelhante a que se firmou quanto aos arts. 14 e 18, III (primeira parte), ambos da Lei n. 6.368/76.

Outra questão polêmica, ainda sem definição jurisprudencial, diz respeito à retroatividade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Nova Lei de Tóxicos, que determina redução de um sexto a dois terços da pena cominada ao tráfico de drogas, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Mas nada se compara à celeuma criada pela ausência de cominação de pena privativa de liberdade à infração do art. 28 (sucedâneo do art. 16, da Lei 6.368/76) – posse de droga para consumo pessoal.

Nesse aspecto, já há decisões monocráticas, com apoio doutrinário, no sentido de que houve descriminalização da conduta: *abolitio criminis*². É que a Lei de Introdução ao Código Penal exige a previsão de pena de reclusão ou de detenção para que uma conduta seja considerada crime.

Outros, com apoio no art. 5º, XLVI, da CF, advogam que houve só despenalização, permanecendo o caráter criminoso do fato: o legislador ordinário teria sido autorizado pelo constituinte

a prever crimes sem pena privativa de liberdade. [3]

No Encontro de Araxá, os Promotores e Procuradores da área criminal concluíram, por unanimidade, que a conduta caracteriza infração penal, devendo a Jurisprudência definir sua natureza jurídica: crime ou contravenção⁴.

Temos sustentado que se trata de contravenção penal⁵. 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.

Tal conclusão coaduna-se 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).

A posse de droga pelo usuário continua tipificada como infração penal contravençional; não há extinção da punibilidade com efeitos retroativos⁶.

Trata-se de *novatio legis in melius*⁷: aos fatos praticados na vigência da Lei 6.368/76 será aplicada a lei nova, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei benéfica. 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.

Ao contrário do que se tem defendido, permanecem, a nosso sentir, os requisitos para que seja aplicada, imediatamente, pena restritiva de direito (transação penal), 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, pois eventual condenação irá gerar não apenas a “pecha maligna da reincidência”⁸, mas poderá servir de fundamento à revogação de suspensão condicional de processo, *sursis* ou livramento condicional – ainda que facultativa a revogação, conforme o caso⁹.

Continua aplicável ao art. 28, da Lei n. 11.343/06, a prisão em situação de flagrante, nos termos dos arts. 301 e 302 do CPP, que fala em “infração penal”, sendo que autoridade deixará de lavrar o flagrante (art. 304, CPP), substituindo-o, do ponto de

vista formal, por Termo Circunstanciado e Compromisso de Comparecimento ao JEC. Em nenhuma hipótese o possuidor de droga para consumo pessoal (“usuário”), só por este fato, poderá ser mantido na prisão.

Notas

¹(STJ, quinta turma, HC 65402/MS, Habeas Corpus 2006/0188807-7, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 28.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 451). Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/jurisprudencia/leiamais/default.asp?id=58>.

²GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal*. Disponível na internet: www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937, acessado em 29.08.2006. E ainda: FACCINI NETO, Orlando. *Porte de droga para uso: abolitio criminis por força da lei 11.343/06*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 05.02.2007.

³v. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O art. 28 da Lei de Drogas e a reincidência..* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=9245>.

⁴Ariel Dotti 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).

⁵v. IENNACO, Rodrigo. *Abrandamento jurídico-penal da posse de droga ilícita para consumo pessoal na lei n. 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não ocorrência de abolitio criminis*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868>. Ou ainda: *Posse de droga ilícita para consumo pessoal na Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: tipificação contravençional e novatio legis in melius*. Disponível em: www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=6. Não se trata, com efeito, da primeira contravenção prevista fora da LCP (v. Código Eleitoral) 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).

⁶Sobre as contravenções penais, Ariel Dotti diz que, “além de uma *lei fundamental* dispondo 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 comprometedor 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).

⁷Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74 e 89.

⁸ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Da possibilidade de transação penal independentemente dos antecedentes criminais nos delitos de posse de substância entorpecente para uso próprio*. MPMP Jurídico, ano II, n. 06, jul/set.2006, p. 65.

⁹Já há decisão do TJPR nesse sentido: “Aos fatos praticados na vigência da Lei nº 6368/76, 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 nº 9099/95, ex vi, do disposto no art. 48, §1º, da Lei nº 11.343/06.” [...]. (TJ/PR, 2ª Câmara Criminal, Comarca: Medianeira, Processo: 0347470-8, Relator: Rogério Kanayama, Revisor: Noeval de Quadros, Julgamento: 25/10/2006, Decisão: Unânime, Dados da Publicação: DJ: 7240 - 10/11/2006). Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/jurisprudencia/leiamais/default.asp?id=40>. V., ainda. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Idem*.