

## A nova Lei de Drogas (11.343/06) na visão do STF – breves considerações

por Marcelo Amaral Colpaert Marcochi<sup>1</sup>

Com a publicação da Lei 6.368/76 o legislador pátrio tratou dos delitos relativos às substâncias que causam dependência química e psíquica, impondo-lhes pena e asseverando a necessidade de um rito especial, mais célere.

Sob a égide da Constituição Federal anterior e precedente à alteração do Código Penal e Processual Penal (Lei 7.209/90) carecia de atualizações sobremaneira no trato do dependente químico (doente portanto) que subsumia-se ao mesmo trato dado ao “usuário” de drogas (criminoso – artigo 16) e por vezes ao “traficante”(artigo 12).

Deu-se então a Lei 10.409/02 que não obstante a boa intenção traduzida trouxe mais confusão do que alento. A nóvel regra razia um procedimento mais célere, com espeque nas garantias constitucionais e se destinava “aos crimes definidos nesta lei”; todavia a lei mais nova não trazia crimes porquanto o artigo a eles destinado havia sido vetado pelo Presidente.

Nesse prisma passou-se então, com pontuais e infelizes exceções – ao cotejo entre a nova regra e a antiga (no que se referia aos crimes).

De toda a sorte fazia-se imperiosa a reforma da matéria para que tantas discussões fossem refutadas de pronto do ordenamento penal.

Surge então a Lei 11.343/06 que mais uma vez inovou e confundiu.

---

<sup>1</sup> **MARCELO AMARAL COLPAERT MARCOCHI** – Advogado; Professor de Direito Penal e de prática Penal e Processual Penal em curso preparatório para os Exames da Ordem dos Advogados do Brasil e concursos públicos; Pós-Graduado em Direito Penal e Pós-Graduado em Processo Penal (Escola Paulista da Magistratura – EPM/SP); Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Câmara Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil – subsecção de Santos/SP; Assessor do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - *TED XIV - subsecção de Santos*; Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim/SP. – *contato*: [www.marcochi.com.br](http://www.marcochi.com.br);

O antigo artigo 12, ora 28 que trata do usuário de drogas (a lei nova não usa o termo substâncias que causam dependência química e psíquica) afastou a cominação de penas privativas de liberdade o que impôs para alguns doutrinadores a sua descriminalização, despenalização ou até mesmo a legalização do uso para consumo próprio.

Nessa seara quem primeiro escreveu sobre a matéria e discorreu acerca da descriminalização da conduta foi o Emérito autor, professor, ex-magistrado Luiz Flávio Gomes.

*A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas (houve um processo misto - mencionado por Davi A. Costa Silva).*

*Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito penal (essa é a descriminalização puramente formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e o proscribe do Direito penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa, v.g.) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial ou total).*

*Na primeira hipótese (descriminalização formal) o fato continua sendo ilícito (proibido), não se afasta do Direito penal, porém, deixa de ser considerado formalmente "crime". Passa a ser um ilícito sui generis (como é o caso do art. 28). Retira-se da conduta a etiqueta de "crime" (embora permaneça a ilicitude penal). Descriminalização formal, assim, não se confunde com as demais descriminalizações acima descritas, que legaliza o fato ou o transforma em ilícito de outra natureza (administrativo, v.g.).*

*Sempre que ocorre o processo (minimalista) de descriminalização é preciso verificar se o fato antes incriminado foi totalmente legalizado (descriminalização total) ou transferido para outro ramo do Direito (descriminalização penal) ou se (embora não configurando um "crime") continua pertencendo ao Direito penal (como infração sui generis). Essa última é a descriminalização formal.*

*O fato descriminalizado só formalmente perde a característica de "crime", mas continua punido (penalmente) com outras sanções (não sai do âmbito do Direito penal); o fato descriminalizado penalmente é retirado do âmbito do Direito penal (sendo transferido para outro ramo do Direito: administrativo, sancionador etc.); o fato descriminalizado totalmente deixa de constituir um ilícito (ou seja: é legalizado, porque não é punido com nenhuma sanção: o adultério, por exemplo, foi descriminalizado totalmente).*

*Na legalização, portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, isto é, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório. A venda de bebidas alcoólicas para adultos, v.g., hoje, está legalizada (não gera nenhum tipo de sanção: civil ou administrativa ou penal etc.).*

*Despenalizar é outra coisa: significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei 9.099/1995), por*

*exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão).*

*A Lei 11.343/2006 (art. 28) aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao Direito). Houve, portanto, descriminalização "formal", mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). Cuida-se, ademais, de fato que não foi retirado do âmbito do Direito penal.*

*O fundamento do que acaba de ser dito é o seguinte: por força da Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º), "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente" (cf. Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro - Dec.-Lei 3.914/41, art. 1º).*

*Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos - art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).*

*Em outras palavras: a nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de "crime" porque de modo algum permite a pena de prisão. Conseqüência natural: o usuário já não pode ser chamado de "criminoso". Ele é autor de um ilícito (porque a posse da*

*droga não foi legalizada), mas já não pode receber a pecha de "criminoso". A não ser assim, cai por terra toda a preocupação preventiva e tendencialmente não punitivista da lei, em relação ao usuário. O fato de a própria lei ter intitulado o capítulo III, do Título II, como "dos crimes e das penas" não impede a conclusão acima exposta porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico. Ele também fala em crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950 e aí não existe nenhum crime.*

*Infração "sui generis": diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração sui generis. Não se trata de "crime" nem de "contravenção penal" porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, "sui generis". Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é "crime" nem é "contravenção" nem é um ilícito "administrativo": é um ilícito "sui generis".*

*Resta perguntar: um ilícito sui generis de caráter "penal" ou "não penal"? A resposta tem que ser no primeiro sentido (veja razão na crítica de Davi A. Costa Silva). É um ilícito "penal" sui generis. É penal porque o art. 28 não foi retirado do mundo do Direito penal. E é sui generis por várias razões, destacando-se dentre elas as seguintes: as penas cominadas são claramente alternativas, não se admitindo mais a prisão para o usuário de drogas; de outro lado, a conduta do usuário de drogas passou a contar com uma disciplina jurídica totalmente específica (e lei especial, como sabemos, derroga a lei geral)*

Todavia muito embora a lição emane de um dos maiores nomes do mundo jurídico, inegável, ousei divergir conquanto o artigo 1º da LICP não esgotava os tipos penais haja vista a Lei de crimes de menor potencial ofensivo (9.099/95) , a previsão de

penas restritivas de direito (reforma de 84), ou seja, conseqüências oriundas da prática delituosa não invocados no referido artigo.

Destarte a discussão não era pacífica e como sempre deixava à mercê do interprete e do aplicador da lei subsumir o se entendimento ao caso, como melhor lhe aprazava, diga-se, muitos concordavam e outros discordavam da excelente lição apresentada.

Esperava-se deste feita que o Supremo se manifestasse tão logo a discussão se colocasse presente; **não que se tenha pacificado**, em absoluto, mas nos serve como um prisma para nortear o que “será” o juízo dos Tribunais sobre a matéria em testilha.

Nesse prisma a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal cuidou do assunto no dia 13 de fevereiro de 2007, ao apreciar o RE 430105/QO/RJ, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, e se posicionou em conformidade com nosso entendimento:

*"A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a*

*imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário (STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).*

Vê-se que o STF manifestou-se diretamente ao que o ínclito professor Luiz Flávio havia ensinado – dada a sua importância, ademais – mantendo aquilo que apregoávamos, ou seja, que não obstante a falta de penas privativas de reclusão, detenção e prisão simples (consoante dispõe a LICP) o artigo 28 que trata da posse e o uso de drogas para consumo próprio continua indicando uma conduta criminosa muito embora tenha lhe retirado a possibilidade (total) de impor a prisão.

Esperamos por mais decisões. Até lá a discussão está em aberto.