

A posse de droga para consumo pessoal no Projeto de Código Penal

Thales Ferri Schoedl

A problemática relacionada ao uso de substâncias entorpecentes talvez seja uma das que causam maior perplexidade aos especialistas das mais diversas áreas, pois as medidas adotadas até o momento não foram aptas para produzir o efeito desejado, seja sobre o dependente, seja sobre sua família. Entendemos, aliás, que a solução de tal questão dependa muito mais da vontade do próprio dependente do que de fatores externos, muito embora estes sejam indispensáveis. A legislação penal, por sua vez, evoluiu no sentido de priorizar o tratamento e a recuperação de tal indivíduo, e não a imposição de pena, conforme o breve relato histórico-legislativo que faremos a seguir.

O crime de posse de droga para uso pessoal era tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76, que assim dispunha: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A pena era de 6 meses a 2 anos de detenção e pagamento de 30 a 100 dias-multa. Em regra, ao acusado primário e com bons antecedentes era aplicado o instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), devendo o mesmo efetuar o pagamento de cestas básicas em favor de alguma instituição filantrópica, sob pena de ser revogado o benefício, mas com a possibilidade de imposição de pena alternativa ao final, não se olvidando que o promotor de justiça ainda poderia propor a suspensão condicional do processo ao oferecer a denúncia (art. 89 da Lei 9.099/95).

Portanto, a partir do advento das Leis 9.714/98 e 9.099/95, ao réu processado por posse de droga para uso próprio raramente seria imposta uma pena, com chances ainda mais remotas de que tal sanção fosse privativa da liberdade. Posteriormente, a Lei 10.409/02 passou a regular apenas o procedimento dos crimes de tóxicos, já que não previu tipo penal algum – não trataremos aqui das duas correntes que se formaram a respeito da aplicação ou não do referido diploma.

Finalmente, foi editada a Lei 11.343/06, que define o crime de posse de droga para uso próprio em seu art. 28, “caput”: “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”.

Vê-se, pois, que não existe mais a previsão de pena privativa de liberdade para a posse de droga para uso pessoal, mas tal conduta, segundo entendemos, ainda configura crime, não havendo se falar em “abolitio criminis”, como pretendem alguns. Com efeito, a mera ausência de previsão de pena privativa de liberdade no preceito secundário não importa em supressão da incriminação, mesmo porque tal situação não é novidade em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que se verifica na Lei das Contravenções Penais. Se o condenado deixar de cumprir as medidas mencionadas, o juiz poderá submetê-lo, sucessivamente, à admoestação verbal e multa, mas jamais à prisão (art. 28, § 6º, I e II, Lei 11.343/06). Guilherme de Souza Nucci traz um exemplo interessante relacionado ao tema: “Imaginemos o usuário eventual, mas fiel aos seus propósitos, de modo que reincidente várias vezes. Se for economicamente abonado, pode pagar pelo luxo de usar drogas, sem que o Estado possa tomar medidas coercitivas eficientes, pois a prisão está afastada. Deverá cumprir pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços a comunidade ou a freqüência a cursos, mas, se não o fizer, receberá admoestação e, no máximo, multa. Cuidando-se de pessoa economicamente pobre, pode dar-se ao luxo de usar drogas e nem mesmo pagar a multa estabelecida para coagi-lo a cumprir as medidas restritivas de direitos, pois nada possui de valioso a ser objeto de execução forçada. Em nossa visão, deveriam ser dadas muitas oportunidades ao usuário de drogas, mas com um limite qualquer, acarretando a aplicação de pena privativa de liberdade, como medida final, em caso de insucesso de toda as anteriores” (Leis penais e processuais penais comentadas, 2007, p. 298).

Concordamos, em parte, com a argumentação. É bem verdade que existe uma certa incongruência entre a manutenção da figura típica da posse de droga para uso próprio e a total impossibilidade de prisão por conta do descumprimento das medidas alternativas; no entanto, a aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário insistente, ainda que em último caso, já se revelou totalmente ineficaz no

combate ao uso de drogas. Parece-nos que a solução atual é um primeiro passo do legislador – tímido para alguns, ousado para outros – rumo à descriminalização da posse de droga para uso próprio.

A possibilidade de tipificação da posse de drogas para uso próprio encontra-se intimamente ligada ao princípio da alteridade ou da transcendentalidade, que informa o controle material da tipicidade, e segundo o qual não há crime quando a conduta do agente não ofende interesses alheios, mas apenas os de si próprio. Claus Roxin já advertia que “comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião ou a political correctness, ou que levem a não mais que uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito. Afinal, o impedimento de tais condutas não pertence às tarefas do direito penal, ao qual somente incumbe impedir danos a terceiros e garantir as condições de coexistência social” (Estudos de Direito Penal, 2006, p. 12).

No que se refere à posse de droga para uso próprio, há duas orientações sobre a possibilidade de sua criminalização, quando cotejada com o princípio da alteridade:

a) A criminalização da posse de droga para uso próprio não ofende o princípio da alteridade, pois “o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da substância entorpecente pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de uso próprio” (CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, 2010, v. 1, p. 33);

b) A posse de droga para uso próprio não pode ser tipificada como crime, pois através de tal conduta o usuário causa prejuízo apenas à sua própria saúde e não à de terceiros, de tal sorte que sua criminalização ofende o princípio da alteridade, sendo materialmente inconstitucional; Claus Roxin sustenta que sequer existe um bem jurídico a ser protegido na posse de droga para uso próprio, já que a chamada sociedade sem drogas é apenas a finalidade da lei (“ratio”), que não se confunde com o bem jurídico (op. cit., p. 36-37).

Aderimos à segunda orientação. Com efeito, a mera posse de substância entorpecente para uso próprio, sem qualquer intenção de distribuição, não lesa ou coloca em perigo nenhum bem jurídico dotado de dignidade penal, ofendendo tão somente a própria saúde do usuário e como tal não pode ser incriminada, de

acordo com o princípio da alteridade. Não existe nenhum “perigo social” inerente à posse de droga para uso próprio – tal só ocorrerá quando verificada a intenção de mercancia espúria, hipótese em que o delito será o de tráfico de drogas, e, aí sim, justificada estará a proteção por meio de norma penal incriminadora (art. 33 da Lei 11.343/06). Daí porque a Comissão de Juristas que elabora o Projeto do Código Penal houve por bem tornar atípica a posse de drogas e seu cultivo para uso pessoal, nos termos do art. 212, parágrafo 2º:

“Não há crime se o agente:

I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II- semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal”.

Em seguida, o Projeto prevê duas normas penais explicativas, buscando diferenciar a posse de droga para uso próprio e para entrega ao consumo alheio: a) “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente” (§ 3º); e b) “Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde” (§ 4º). A exemplo do que se observa na legislação atual (arts. 28, § 2º, e 42, da Lei 11.343/06), a quantidade de drogas, por si só, não é suficiente para a qualificação do fato como tráfico ou consumo pessoal, muito embora o Projeto tenha valorizado tal circunstância, deixando a critério da autoridade administrativa estabelecer a quantidade máxima da posse de droga para uso próprio, o que poderíamos denominar de norma penal em branco explicativa heterogênea, na medida em que exerce influência na adequação típica.

Ressalte-se que o art. 221 do Projeto de Código Penal considera típica a conduta de quem usar ostensivamente droga em locais públicos, nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes, ou na presença destes, repetindo as penas previstas no art. 28, “caput”, incisos I a III, da Lei atual, também sem possibilidade de prisão na hipótese de descumprimento das medidas impostas. Dessa forma, o uso de drogas somente será típico quando

ocorrer em locais públicos ou na presença de crianças ou adolescentes, observando-se assim os princípios da alteridade e da proteção integral (ECA, art. 1º).

A solução adotada pelo Projeto, no sentido da descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, ressalvadas as situações do art. 221, nos parece a mais acertada, pois, aliada à regulamentação da venda, servirá para diminuir os lucros de associações criminosas voltadas ao tráfico de substâncias entorpecentes, e, em contrapartida, esvaziará os bolsos de alguns policiais e demais responsáveis pela persecução penal que costumam incluir em suas receitas os pagamentos periódicos oriundos de traficantes. Aos dependentes e viciados restará a aplicação das medidas de proteção de caráter civil, seara onde a questão deve ser enfrentada, em obediência ao princípio da intervenção mínima. Discordamos, todavia, da inserção dos crimes relacionados às drogas no Código Penal, pois se trata de um microssistema com princípios e regras próprios, o qual deveria continuar sendo disciplinado por legislação especial.