

## POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL EM PRESÍDIO

O artigo 28 da LEI DE TÓXICOS é inaplicável à posse de droga para consumo pessoal nas PENITENCIÁRIAS, haja vista a ATIPICIDADE DA CONDUTA, por não configurada a OBJETIVIDADE JURÍDICA ESPECÍFICA – CRIME IMPOSSÍVEL, e/ou a OBJETIVIDADE JURÍDICA GERAL - IMPUNIBILIDADE DA AUTOLESÃO/INCONSTITUCIONALIDADE E AUSÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, a ISENÇÃO DE PUNIBILIDADE POR DESNECESSIDADE PUNITIVA e a PREVALÊNCIA DO PRIMADO MAGNO da PROPORCIONALIDADE.

LUIS DIAS FERNANDES, PROMOTOR DE JUSTIÇA EM APARECIDA-SP,  
e MESTRE EM DIREITO TRIBUTÁRIO pela USP.

É sabido, consabido e ressabido que não se deve aplicar uma LEI pelo simples fato de ser LEI, pois ela pode conter ilegalidade, inconstitucionalidade, além da hipótese de não incidência pura e simples pela presença de algumas especiais circunstâncias em determinadas situações que afastam sua aplicabilidade ao caso concreto: **consumo de drogas em penitenciária**.

De antemão, não convence o argumento meta-jurídico e supostamente *pré-legislativo* de que a motivação para a coibição do uso de estupefacientes no ambiente carcerário residiria na necessidade de prevenção da própria narcotraficância. De feito, não temos no BRASIL, ao menos até agora, um PRESÍDIO-FORTALEZA símil ao de ESCOBAR na COLÔMBIA, do qual as AUTORIDADES tinham que manter distância mínima de 3 km.

Ninguém entra numa penitenciária brasileira com um carregamento de drogas, o que impossibilita a formação de tráfico ali. Não há ingresso de *volume* para tanto! As quantidades que entram são minúsculas, ora na vagina da mulher dum recluso, ora numa pequena mochila dum rebento, ora num calçado *etc.* Presta-se, tão-somente, quer a *saciar* o desejo de uns poucos, quer a valer como moeda de troca para a obtenção de benesses naquele mundinho carcerário: visitas, alimentação *etc.*

Diante de tão clarividente limitação à transposição drogatícia, observa-se facilmente que o comércio verdadeiro e nocivo à sociedade ali exercido é unicamente o de *dentro para fora* em que os *chefes e demais membros de organizações criminosas* ordenam e controlam de suas células a pesada mercancia nas ruas. Portanto, *não de fora para dentro*, haja vista as naturais barreiras mencionadas. Demais, a **exposição de motivos** desta *LEX* em nenhum momento justifica a introdução do artigo 28 com esta *finalidade*.

### 1. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR NÃO CONFIGURADA A OBJETIVIDADE JURÍDICA ESPECÍFICA – CRIME IMPOSSÍVEL

*Vere*, inexistente mesmo, *in casu*, *legitimidade pretensamente punitiva*, inclusive porque não atingida a **objetividade jurídica** colimada pelo dispositivo penal.

Neste caso, ocorrente num **ambiente presidiário**, **não se pode nem mesmo cogitar de uma eventual potencialidade nociva deste uso à sociedade**: trata-se dum recluso cercado de outros, plenamente cômicos, por sua própria condição carcerária, da significância deste ato de consumo e da forma de distanciar-se destultimo - **CRIME IMPOSSÍVEL**.

Outrossim, **atípica** a conduta, uma vez que não há lesão e nem perigo efetivo de dano, real e relevante, à **saúde pública** - bem jurídico **alheio** -, tendo em vista que não afeta diretamente crianças, jovens nem outros indivíduos provavelmente mais suscetíveis, que dirá a coletividade dali distante.

Repise-se que o propósito jurídico do tipo é a tutela da **saúde pública**, não afetada, por suceder em ambiente **carcerário**, prenhe de indivíduos calejados pela criminalidade pesada, de **altíssima periculosidade**, **imunes**, *ipso facto et iure*, à suposta *sedução* do consumo drogático:

*Embora aquele que use a droga esteja prejudicando sua saúde, a coletividade como um todo também é colocada em risco de dano. A saúde pública é bem difusa, mas perceptível **concretamente**. Cabe ao ESTADO proteger seus cidadãos dos vícios que possam acometê-los. O vício das drogas tem o potencial de desestabilizar o sistema vigente, **desde que quantidade razoável de pessoas for por ele atingida**.<sup>1</sup>*

## **2. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR NÃO CONFIGURADA A OBJETIVIDADE JURÍDICA GERAL - IMPUNIBILIDADE DA AUTOLESÃO E AUSÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Do mesmo modo que não se pune a tentativa de suicídio, muito menos se poderia punir o consumo próprio de estupefacientes, que envolve um simples perigo de **autolesão**, trazendo mera ameaça de dano para a saúde unicamente daquele que usa tal substância.

Em que pese à *tipificação* pela legislação penal especial, é certo que o disposto no artigo 28 da LEI nº 11.343/2006 ofende o **princípio da lesividade ou da ofensividade**, **régio** para a validade de toda e qualquer capitulação delituosa!

NILO BATISTA, citado por ROGÉRIO GRECO<sup>2</sup>, discrimina as quatro principais funções que possui o princípio da lesividade: a) **proibição de incriminar uma atitude interna**; b) **vedação de incriminar conduta que não exceda o âmbito do autor**; c) proibição de incriminar simples estados ou condições existenciais; d) **não incriminação de condutas desviantes que não afetam qualquer bem jurídico**.

Adverte, ainda, GUILHERME DE SOUZA NUCCI que:

*(...) a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o direito penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrasta a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade.*<sup>3</sup>

E tal exigência não resta cumprida na tipificação neste caso, já que **inexiste efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado!** A propósito, a questão concernente à **constitucionalidade** do dispositivo em comento está pendente de julgamento, pelo STF (RE 635.659), já contando com voto do RELATOR, MINISTRO GILMAR MENDES, pela **inconstitucionalidade do artigo 28 da LEI DE DROGAS**.

Dilargando um pouco o tema, a posse de drogas **não ostensiva** (v.g., no recesso da moradia, em ermos *loci etc*) para destinação pessoal é uma conduta **privada** e, como tal, não pode ser objeto de criminalização, por estúltima constituir uma desautorizada intervenção do ESTADO sobre a liberdade individual, a intimidade e a vida privada.

Demais, o usuário chega a ser praticamente uma *vítima* do consumo, que, na grande maioria das vezes, escraviza-o. Está consciente do que faz contra si, porém sem *vontade-força* de se *libertar* da prática ofensiva à **própria saúde**. Embora *pleniciente* dessa triste realidade e equipado com LEGISLAÇÃO apropriada o ESTADO se omite a executar as devidas políticas públicas psicossociais de interatividade/conectividade com as de saúde pública.

<sup>1</sup> CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA. *LEI DE DROGAS COMENTADA*, SP, 2011, pág.25.

<sup>2</sup> ROGÉRIO GRECO. *CURSO DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL – arts.1º ao 120 do CP*. V.1. 11, SP, 2009, pág.53.

<sup>3</sup> GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *CÓDIGO PENAL COMENTADO: estudo integrado com processo e execução penal*, RJ, 2014, pág.17.

Por outro lado, justamente por isso, por reconhecer os peculiares aspectos desta problemática, mormente o grau de sua responsabilidade na espécie, o ESTADO não cominou pena privativa de liberdade para esta delicada conduta!

Estabeleceu medidas sócio-educativas de (1) advertência sobre os efeitos das drogas, (2) comparecimento a programa ou curso educativo e (3) prestação de serviços à comunidade em estabelecimentos que se ocupem, preferencialmente, da **prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas**, devendo, ainda, o JUIZ determinar ao PODER PÚBLICO que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, **para tratamento especializado** (artigo 28, I a III, §§ 5º e 7º, da LEI nº 11.343/06)!

**Isto são penas ou providências em benefício do pretense infrator?** O único equívoco do LEGISLADOR foi inserir este texto numa LEI PENAL, pois aqui o agente não é tratado como um transgressor, já que estes dispositivos só lhe cometem **medidas evidentemente protetivas** para salvaguardá-lo do **real vilão: o tóxico!** Trata-se, portanto, de legislação totalmente **pro-réu** absolutamente incompatível com qualquer diretriz punitiva! Sua clara dicção solar revela dirigir-se não a um *criminoso*, mas a uma *vítima*, **merecedora dos cuidados que elenca!**

Inexiste aquele espírito intimidativo e repressivo contido na norma penal propriamente dita visante a proteger a sociedade de certo ato criminoso, *id est*, se você cometer este delito será castigado com uma pena privativa de liberdade ou com uma restrição **incômoda** de direitos e/ou uma multa para não fazer mais isto **contra a comunidade!** Lá, os *freios* foram instituídos com o propósito único de beneficiar exclusivamente o autor com sua recuperação do vício. Criaram-se verdadeiros **remédios** para resgatá-lo do trevosos submundo das drogas! A sociedade parece não ser atingida com sua conduta.

Nesse diapasão, o enunciado 124 do FONAJE, ao reconhecer os incisos do artigo 28 como **medidas despenalizadoras**, pontificou que *a reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação daquelas medidas em sede de transação penal*. E para vergastar qualquer dubiedade sobre o alcance hermenêutico da *quaestio* o enunciado 126 enfeixou que *a condenação por infração ao artigo 28 da LEI 11.343/06 não enseja registro para efeitos de antecedentes e reincidência!*

Nem poderia ser diferente, sob pena de se incidir, logo de começo, em brutal ofensa ao **dogma magno da isonomia**, além de vários outros, pois, se a jurisprudência consagrou não ser reincidente o condenado definitivo por contravenção que tenha praticado crime posterior, *a fortiori*, não o pode ser assim considerado aquele que venha a praticar delito após *condenado* como incurso no artigo 28 da LEI ANTITÓXICOS!

Na verdade, fôssemos aprofundar a discussão sobre a eventual identidade da *ratio essendi* entre estes institutos, as medidas **despenalizadoras** do artigo 28, desprovidas de intento punitivo em relação ao agente e coetaneamente carentes de intuito tutelar social, representam, a toda obviedade, um **nada penitencial** em comparação com as **penas de prisão e multa** previstas na LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS.

Não existe crime ou contravenção sem castigo (artigo 1º da LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO PENAL); que o diga DOSTOIEVSKY! De conseguinte, sem previsão de pena, o artigo 28, I a III, da LEI ANTITÓXICOS, pode ter qualquer outra natureza jurídica, menos a de uma infração penal, o que lhe confere a *categorização* ou a *desconsideração* de uma nonada penal!

Na verdade, um zero penal à esquerda, porquanto desprovido de qualquer **sanção social protetiva!** Não há nem que *ultimá-lo* numa inapropriada gradação infracional: 1. crime; 2. contravenção e 3. artigo 28! Sem **reprimenda** não há infração **penal!**

Dessarte, sendo nada, estas **medidas apenas** (I a III) não deixarão de ser aplicadas a reincidentes e àqueles já aquinhoados com transação penal, e muito menos servirão de marco para gerar maus antecedentes e reincidência (ENUNCIADOS 124 e 126 do FONAJE).

### **3. ISENÇÃO DE PUNIBILIDADE POR DESNECESSIDADE PUNITIVA**

Prosseguindo, no contexto fático – apreensão de ínfima quantidade de droga, no interior de estabelecimento prisional, destinada a consumo pessoal, para além da legalidade pura e simples, o fato deve ser confrontado com outro princípio basilar do DIREITO PENAL, *i.e.*, o da necessidade da pena, insculpido no artigo 59, *caput* do CP.

Conquanto não desconheçamos a orientação jurisprudencial majoritária, até porque o *punctum dolens* da discussão agora será outro, relembro que, após a vigência da reforma penal de 1984, o remestre FRANCISCO ASSIS DE TOLEDO aduziu:

*(...) a pena justa será somente a pena necessária (VON LISZT) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena compensação do mal pelo mal à luz de um pensamento que não esconde o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado e para a sociedade. O mesmo se diga em relação à execução da pena.<sup>4</sup>*

Consoante expusemos, a posse de droga para consumo pessoal, no atual cenário jurídico, passou a ser considerada infração penal *sui generis*, *reprimida*, **exclusivamente, com penas restritivas de direito, benéficas** para o próprio *infrator*. Inda que não fosse assim, supondo inexistentes os §§ 5º e 7º, do artigo 28 da LEI nº 11.343/06:

*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*

Contabilizadas as **consequências prisionais** do fato, *vera falta grave* (v.g., regressão de regime, perda de 1/3 do tempo eventualmente remido, revogação da autorização de saída temporária, interrupção do prazo para concessão dos benefícios penitenciários e a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade), o *pretense sancionamento sócio-educativo alternativo* cominado, ao caso concreto, revela-se **absolutamente desnecessário e desarrazoado. Inexiste propósito** que o **justifique!**

#### **LEI DE EXECUÇÕES PENAIS**

*Art.118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*

*I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;*

*Art.125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.*

---

<sup>4</sup> FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. *DIREITO PENAL E O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO*, SP, 1985, págs.7 e ss.

*Art.127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomençando a contagem a partir da data da infração disciplinar.*

*Art.140. A revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal.*

*Art.181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do CÓDIGO PENAL.*

*§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:*

*d) praticar falta grave;*

Ressalte-se mais, porque importantíssimo, que a *futurista* execução da pena restritiva de direitos aplicável soçobria inviável, pulverizada, desmaterializada mesmo, porquanto deverá, ainda, aguardar o extenso e imenso cumprimento integral da punição privativa de liberdade dos demais processos criminais porque encarcerado definitivamente, o que se mostra **inadequado** e **despropositado** pela perda do seu caráter pedagógico (art.76 do CP), pois neutralizado pelo *lago intérmino do olvido*!

Após *milanos*, o réu-sentenciado sequer se lembrará por que estará sendo sócio-educativamente punido! É de obviedade pululante que a imposição de uma *medida restritiva* a mais por este diminuto *ilícito* não lhe abrirá os olhos a uma **utópica ressocialização** e nem muito menos lhe infundirá nenhum temor para a não reiteração criminosa específica. *Concessa maxima venia*, constituiria irrecusável absurdidade perfilhar-se o contrário sem o risco de se incorrer em clarividente *ridicularia*...

*Admitido* o raconto reverso do mito, desaportado do rio *Lete* pelo barqueiro *Caronte*, inda que, *de volta mesmo, transpostas as fauces do monte Averno*, o réprobo de nada mais se recordará, pois há muito relegada a *insignificante autolesão – obumbrada nos bastidores do abismo – ao espaço escuro ou ao escuro esquecimento*... (HOMERO – ILÍADA; DANTE – DIVINA COMÉDIA e CASTRO ALVES – ESPUMAS FLUTUANTES).

#### **4. PREVALÊNCIA DO PRIMADO MAGNO DA PROPORCIONALIDADE**

Tendo ainda em mente o ideário **despenalizador** do artigo 28 da LEI DE ANTITÓXICOS e, conseqüentemente, tutelar exclusivo do seu próprio infrator, analisemos finalmente a matéria sob o aforismo jurídico da **PROPORCIONALIDADE**.

Por derradeiro, revela-se **desproporcional** e **imotivado** eventual processamento do episódio, uma vez que, além de **atípico** o ato, acarretaria **elevado** e **incompreensível custo** para movimentação do ESTADO-JUIZ, com antiestratégica mobilização dos já *depauperados* aparatos policial, penitenciário e judicial para locomoção do perigoso detento, primordialmente, colocando em **gravíssimo** e **despiciendo risco** não só a **vida** e **integridade física** dos *agentes da lei*, como de toda a **sociedade**, nos casos de orquestrações de resgates e fugas.

De feito, os direitos **CONSTITUCIONAIS PÚBLICOS DOS CIDADÃOS** (**coletivos, comunitários** e **SOCIAIS**) à **VIDA** e à **SEGURANÇA** sobrepassam ao **interesse privado** do réu de ser aquinhado com qualquer das providências socioeducativas previstas no artigo 28, I a II, da LEI DE TÓXICOS. Significa inarredável *nonsense* pôr-se em grave, iminente e atual perigo a segurança e a vida da sociedade ao se priorizar o bem-estar dum único indivíduo! O bem comum deve sempre prevalecer! É o que proclamam nossa *LEX LEGUM* e toda **LEGISLAÇÃO**!

Numa palavra, o artigo 28 da LEI DE TÓXICOS é inaplicável à posse de droga para consumo pessoal nas PENITENCIÁRIAS, haja vista a **ATIPICIDADE DA CONDUTA**, por não configurada a **OBJETIVIDADE JURÍDICA ESPECÍFICA – CRIME IMPOSSÍVEL**, e/ou a **OBJETIVIDADE JURÍDICA GERAL - IMPUNIBILIDADE DA AUTOLESÃO/INCONSTITUCIONALIDADE E AUSÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**, a **ISENÇÃO DE PUNIBILIDADE POR DESNECESSIDADE PUNITIVA** e a **PREVALÊNCIA DO PRIMADO MAGNO da PROPORCIONALIDADE**.

#### **5. CONCLUSÕES**

O artigo 28 da LEI DE TÓXICOS é inaplicável à posse de droga para consumo pessoal nas PENITENCIÁRIAS, haja vista a ATIPICIDADE DA CONDUTA, por não configurada a OBJETIVIDADE JURÍDICA ESPECÍFICA, *id est*, não há saúde pública vulnerável e, portanto, tutelável, porquanto os perigosos encarcerados, por esta específica condição, estão, *ipso facto et iure*, imunes à pretensa sedução drogática, o que incorre *extra-muros* com os indivíduos não envolvidos com a criminalidade, máxime os adolescentes, crianças *etc*, hipótese em que se caracteriza o CRIME IMPOSSÍVEL.

Demais, não resulta igualmente incidente, *in casu*, a OBJETIVIDADE JURÍDICA GERAL diante da IMPUNIBILIDADE DA AUTOLESÃO indicativa da INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO, o qual, por essa *ratio* mesmo, CARECE de PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, prevendo, tão-somente, medidas despenalizadoras e protetivas do suposto infrator, dessarte visto como vítima de sua própria conduta.

Outrossim, verifica-se que esta ISENÇÃO DE PUNIBILIDADE POR DESNECESSIDADE PUNITIVA sucede também por força do mais eficaz e contundente sancionamento administrativo/executório que fulmina o ato como falta grave: **regressão de regime, perda de 1/3 do tempo eventualmente remido, revogação da autorização de saída temporária, interrupção do prazo para concessão dos benefícios penitenciários e a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade.**

Por fim, exsurge a PREVALÊNCIA DO PRIMADO MAGNO da PROPORCIONALIDADE, pois os direitos **CONSTITUCIONAIS PÚBLICOS DOS CIDADÃOS (coletivos, comunitários e SOCIAIS)** à **VIDA** e à **SEGURANÇA** sobrepassam ao **interesse privado** do réu de ser aquinhoadado com qualquer das providências socioeducativas previstas no artigo 28, I a II, da LEI DE TÓXICOS. Significa inarredável *nonsense* pôr-se em grave, iminente e atual perigo a segurança e a vida da sociedade ao se priorizar o bem-estar dum único indivíduo! O bem comum deve sempre prevalecer! É o que proclamam nossa *LEX LEGUM* e toda LEGISLAÇÃO!

Aparecida, 12 de julho de 2017.

***LUIS DIAS FERNANDES***  
**PROMOTOR DE JUSTIÇA**