Ribeiro Filho: O uso de entorpecente e o ANPP

A descriminalização da posse de entorpecentes para uso próprio é uma tendência mundial. No Brasil, mesmo que ainda não se tenha uma decisão final da Suprema Corte [1], a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, parece haver consenso no sentido de que a conduta foi objeto de despenalização no

Com a entrada em vigor do chamado pacote "anticrime", no início deste ano, instituiu-se a figura do acordo de não persecução penal (ANPP) como solução alternativa para o processo nas hipóteses de crimes com pena mínima inferior a quatro anos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal.

De imediato, renomados doutrinadores e articulistas apontaram, com acerto, para uma questão problemática: ao estipular que *"o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"*, o referido artigo permite que cada membro do MP faça a sua avaliação individual, pessoal e subjetiva sobre o cabimento do ANPP, o que contribui para a criação de um ambiente de insegurança jurídica.

A dimensão que essa subjetividade pode ganhar quando a controvérsia jurídica versar sobre a lei de drogas é preocupante. Afinal, enquanto o STF sinaliza para a inconstitucionalidade e a descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio, outros tribunais mantêm postura firme e rigorosa contra o usuário.

Enquanto perdura a discussão sobre a constitucionalidade da criminalização da sua conduta, o usuário, na maioria das vezes dependente químico, fica à mercê da sorte. Muito embora o ANPP seja plenamente cabível até mesmo para a figura mais gravosa do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º) [2], diferentes membros do Ministério Público têm visões diversas sobre a necessidade e suficiência do ANPP para reprovação e prevenção desse tipo de delito.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em recurso recém-julgado pela 2ª Turma Recursal do TJ-SP, o Ministério Público manifestou-se contrário ao ANPP e o pedido defensivo acabou desprovido porque, segundo o representante do Parquet oficiante naquele feito, *"apesar de ser primário e não ostentar maus antecedentes, já fora imposto ao réu pena de advertência, por incursão no artigo 28, parágrafo 1º, da Lei nº 11.343/06"* em processo anterior. Logo, o usuário de entorpecente não preenchia os requisitos subjetivos.

Sem adentrar nos detalhes do caso, não parece juridicamente correto cogitar do não preenchimento dos requisitos subjetivos para o ANPP nas hipóteses de reiteração, na medida em que o legislador da Lei nº 11.343/06 despenalizou a conduta de porte para consumo pessoal, conforme, aliás, já reconheceu o STF, por ocasião do julgamento do RE nº 430.105/RJ, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

Ademais, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que condenação prévia por posse/porte de entorpecente para uso próprio não gera reincidência genérica. Com efeito, assim como o STF, o STJ também sedimentou o entendimento de que viola o princípio constitucional da proporcionalidade considerar o réu reincidente por uma infração cuja pena nem sequer é a prisão.

Nas palavras da ministra Maria Thereza de Assis Moura: *"Resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio. (…) Em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência"* [3].

Como concluiu aquela eminente ministra: *"Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, ocasião em que o ilustre relator, ministro Gilmar Mendes, votando pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, consignou que 'assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional'".*

Nesse contexto de despenalização, com sérias perspectivas de descriminalização, uma conduta anterior, porquanto despenalizada, não implica reincidência e, desse modo, não resvala nas hipóteses elencadas no §2º do artigo 28-A, sendo, pois, perfeitamente aplicável o ANPP ao usuário contumaz que reitera a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Afigura-se verdadeiro despropósito apelar para a habitualidade do consumo de entorpecente como justificativa para negar o ANPP, pois, como se sabe, geralmente, essa habitualidade decorre de dependência química, ou seja, não resulta de livre formação da vontade. Mas, ainda que se trate de posse/porte/uso recreativo, o caráter insignificante das infrações pretéritas, decorrente da despenalização, caracteriza situação excepcional autorizadora do ANPP [4].

Desse modo e tendo em vista a natureza do ANPP, principalmente os fatores que deram ensejo à criação desse instituto que visa a resolução célere dos casos menos graves, priorizando a atuação do Judiciário no julgamento dos casos mais graves e permitindo a minoração dos efeitos de uma condenação penal, creio que é direito subjetivo dos acusados em geral que haja proposta do ANPP, a ser formulada pelo Ministério Público.

Por outro lado, mesmo que não se compreenda o ANPP como um direito subjetivo do acusado, certo é que a negativa desse instituto no caso concreto não pode decorrer de arbítrio. Com efeito, *"é necessário lembrar, ainda, que, ao tempo em que elaborada a Lei dos Juizados Especiais, discussão semelhante já foi travada na doutrina e jurisprudência quanto ao instituto da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 do referido diploma legal"* [5], sendo certo que se chegou à conclusão de que há um poder-dever que impõe ao Ministério Público o oferecimento dos institutos despenalizadores para situações reveladoras de menor potencial ofensivo.

Logo, já que a celebração do acordo mostra-se mais benéfica do que a condenação criminal, o seu oferecimento, assim como sucede com a transação penal e a suspensão condicional do processo, corresponde a um poder-dever do Ministério Público, principalmente diante de um caso de posse de entorpecente para uso próprio, mesmo habitual, conduta despenalizada e doutrinariamente classificada como *"infração menor de ínfimo potencial ofensivo"* [6].

É um total contrassenso, em termos de política criminal, afastar do usuário habitual de entorpecente, a possibilidade de se reconciliar com o Estado de forma mais célere e eficaz.

Urge, pois, que a jurisprudência pacifique a questão, seja para o fim de reconhecer que o oferecimento do ANPP é um pode-dever do Ministério Público, seja para o fim de declarar a inconstitucionalidade e descriminalizar o crime de posse de entorpecente para uso próprio. Com a palavra, o Supremo Tribunal Federal.

[1] Uma vez que ainda não foi concluído o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635659-SP, interposto ainda em 2011, mas que teve início apenas em 2015, com o voto do Min. Gilmar Mendes, que lhe dava provimento. Em seguida, foram colhidos os votos do Min. Edson Fachin, que dava parcial provimento, e o voto do Min. Roberto Barroso, dando-lhe provimento. Atualmente, aguarda-se o voto do Min. Alexandre de Moraes.

[2] NETTO, José Brandão. *Acordo de não persecução penal vira regra e passa ser aplicado para crimes como corrupção, peculato, furto qualificado e crimes eleitorais*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321020/acordo-de-nao-persecucao-penal-vira-regra-e-passa-ser-aplicado-para-crimes-como-corrupcao-peculato-furto-qualificado-e-crimes-eleitorais

[3] STJ, REsp nº 1.672.654/SP, j. 21/08/2018, v.u.

[4] artigo 28, § 2º, III, parte final

[5] *Ob. cit.*

[6] NUCCI, Guilherme de Souza citado por JESUS, Damásio E. *Lei antidrogas anotada*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

Date Created
12/08/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.