

Ferrari e Soares: Sobre posse de drogas para consumo pessoal

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) dispõe sobre as condutas passíveis da caracterização de falta grave durante a execução penal, conforme artigos 50 a 52. Entre elas insere-se *a prática de fato previsto como crime doloso* (artigo 52, primeira parte), consubstanciada pelas mais diversas condutas criminosas



Nesse contexto, a preocupação do presente ensaio concentra-

se especificamente no crime de posse de drogas para uso pessoal, disposto no artigo 28 da Lei 11.343/06, o qual, à primeira vista, encaixa-se perfeitamente no conceito de falta grave (crime doloso), conforme explicitado acima.

Em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colacionam-se reiteradas decisões pela configuração da falta grave, na forma do artigo 52 da LEP, quando a pessoa em cumprimento de pena é flagrada dentro da unidade prisional ou fora dela na posse de drogas para consumo próprio [\[1\]](#). O entendimento encontra-se consolidado, tanto que foi inserido na Jurisprudência em Teses 144, dedicada às faltas disciplinares. Para além do posicionamento da Corte Cidadã, o entendimento do Supremo Tribunal Federal também está alinhado à posição que advogava a configuração da falta grave [\[2\]](#).

Com isso, deve-se elencar os diversos efeitos derivados da infração disciplinar: a regressão de regime (artigo 118, inciso I, da LEP), a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime (Súmula 534 do STJ) [\[3\]](#), a perda de até um terço dos dias remidos (artigo 127 da LEP) e a vedação à concessão de indulto e comutação de penas, medidas que contribuem para a manutenção do cidadão no cárcere, podendo "*implicar um aumento extremamente longo no tempo de encarceramento*" [\[4\]](#).

Superada a questão acima, vale dizer que tanto o Supremo Tribunal Federal [\[5\]](#) quanto o Superior Tribunal de Justiça [\[6\]](#) concluíram que a Lei 11.343/06 apenas despenalizou a conduta de posse de drogas para uso pessoal, mas sem descriminalizá-la. Diante disso, pode-se observar que a referida postura, por se tratar de figura criminosa de acordo com a atual Lei de Drogas, refletirá de forma extremamente gravosa caso praticada no curso da execução penal, com a incidência de todos os reflexos expostos acima.

Não se pode olvidar que a doutrina tem criticado de forma contundente a manutenção da criminalização da conduta, porquanto *"ao contrário do que muitos querem crer, a nova lei (...) não traz nenhum avanço nesse campo do consumo"* [7].

De qualquer sorte, descabe utilizar a tutela do Direito Penal para criminalizar conduta que não lesa bem jurídico alheio, tanto que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659, discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Na mesma linha de raciocínio, mas pensando especificamente no reflexo produzido na execução penal, soa desarrazoado que a posse de drogas para uso pessoal ainda represente falta grave, somente por ser vista como crime doloso, gerando sérios reflexos à liberdade individual de quem cumpre pena. Isso pode ser constatado a partir da lição doutrinária que assevera clara ofensa à igualdade e proporcionalidade, porque *"se os usuários de drogas em meio livre não são sancionados com a privação da liberdade, usuários presos também não poderão ver a privação de sua liberdade agravada, seja de que forma for"* [8].

No entanto, apesar do posicionamento até então consolidado das cortes superiores, chama a atenção decisão prolatada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça que atribuiu conotação distinta ao crime disposto no artigo 28, baseando-se especialmente na natureza jurídica da resposta fixada pelo Estado se comparada à sanção da contravenção penal, cuja observância pode representar eventual *overruling* dos tribunais em relação ao tema.

Com efeito, no julgamento do REsp 1.795.962/SP, sob a relatoria do ministro Ribeiro Dantas, conclui-se que o processo penal pelo *crime* de posse de drogas para consumo pessoal durante o período de prova representa uma causa de revogação *facultativa* da suspensão condicional do processo [9].

Durante a construção de seu voto, o ministro relator apontou crescente adesão à vertente que inadmite a reincidência gerada pela posse de drogas para consumo pessoal e que por tal motivo não pode impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º, artigo 33, da Lei de Drogas, ambos fundamentos lastreados na *"comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal"*.

Da mesma forma, asseverou ser desproporcional admitir que a contravenção penal levaria a revogação facultativa (artigo 89, § 4º, da Lei 9.099/1995), enquanto o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 redundaria na revogação obrigatória (artigo 89, § 3º, da Lei 9.099/1995).

Ao transportar o entendimento acima para a execução penal, torna-se igualmente perceptível a falta de proporcionalidade em se considerar a posse de drogas para consumo próprio como falta grave, pois se tem defendido que a contravenção penal preceitua resultados mais gravosos quando comparada com o artigo 28 da Lei de Drogas. Aliás, a doutrina já se posicionou no sentido de que eventual prática de contravenção penal ou crime culposos poderá ensejar no máximo falta de natureza média, mas nunca grave, tendo em vista a falta de lei neste sentido [10].

Portanto, verifica-se que a prática de contravenção penal (punível com prisão simples) não é considerada falta grave de acordo com a LEP, apesar de possuir maior gravidade em termos de resposta penal se cotejada com a posse de drogas para consumo próprio (punível com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo), devendo se estender o entendimento da Corte Cidadã para a seara das faltas disciplinares, extirpando-se a possibilidade de caracterização de falta grave no tocante ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06.

[1] Alguns exemplos: AgRg no HC 547354/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2020, DJe 13/02/2020; AgRg no HC 547553/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; AgRg no HC 528947/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019.

[2] HC 139071 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 04/09/2018, Pub. 05/09/2018.

[3] *"A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração".*

[4] SHIMIZU, Bruno. A natureza jurídica das faltas disciplinares na execução penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 26, n. 311, p. 2-4., out. 2018.

[5] Por todos: "RE 430105, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe 26/04/2007; Pub 27/04/2007".

[6] Por todos: "EDcl no REsp 904.011/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 13/10/2008".

[7] KARAM, Maria Lúcia. A lei n. 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 167, out. 2006, v. 14, p. 6-7.

[8] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253/254.

[9] REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020,

DJe 26/03/2020

[\[10\]](#) ROIG. *Op. cit.* p. 252.

Date Created

11/05/2020