

COORDENAÇÃO

Rogério Sanches Cunha

Ronaldo Batista Pinto

Renee do Ó Souza

LEIS PENAIIS ESPECIAIS

Comentadas

7^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96

Fernando Célio de Brito Nogueira

1. BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO INDUSTRIAL NO MUNDO E NO BRASIL

Segundo nos lembra o eminente José Henrique Pierangeli, entre os romanos, era comum a utilização de sinais ou marcas distintivos (*sigillum*). Foram encontrados muitos objetos, principalmente em obras de arte e cerâmica. O uso de uniforme de marcas pelos povos antigos tinha por finalidade distinguir um produto de outros existentes no mercado (Crimes contra a propriedade Industrial. São Paulo: RT, 2003, p. 27).

Os gregos gravavam iniciais e figuras nos vasos.

Mas é na Idade Média que aparece a real origem do uso das marcas, as quais naquela época tinha por objetivo muito mais a defesa de um interesse público, do que estabelecer garantias ao seu titular.

Segundo Pierangeli, a doutrina costuma situar na Idade Média os primórdios do privilégio¹ de invenção: “Estima-se que o mais antigo privilégio de invenção foi ‘concedido em 1236 pela autoridade municipal de Bordeaux a um tal de Bonafusus de Sancta Columba e Companhia, para tecer, calandras e tingir tecidos de lã de costumes ao modo flamengo, francês e inglês, pelo prazo de quinze anos, com exclusividade. Nessa época, a cidade francesa se encontrava sob domínio inglês, razão pela qual o provimento deveria ser referendado pelo Rei Henrique III, da Inglaterra” (ob. cit., p. 46).

Drummond de Magalhães, citado por José Henrique Pierangeli, conclui: “segundo se infere de alguns éditos ou proclamações reais, afirmaremos que outra não foi a tendência manifestada na França, a partir do Século XII, quando os usurpadores, falsificadores ou contrafeitores de certas marcas industriais considerados como criminosos e equiparados aos moedeiros falsos, se tornavam passíveis de severas penas, que iam da mutilação às galés, e até a morte” (ob. cit., p. 29).

1 Sobre os mais antigos privilégios de invenção concedidos a pessoas mais notórias, Pierangeli lembra: a) os concedidos ao físico Galileu Galilei, em 1594, pelo prazo de vinte anos, ‘de uma maneira fácil, barata e bastante cômoda de elevar água e irrigar terrenos, mediante a utilização de um só cavalo’; b) o privilégio de impressão outorgado por volta de 1454 a Gutenberg, que para muitos foi o inventor da imprensa; c) em 1416, em Veneza, foi concedido a Francesco Petri privilégio verdadeiramente industrial para a introdução de 24 moinhos de trigo que, em sua operação, não usavam água; d) em Florença, em 1406, foi concedido privilégio a três artesãos procedentes da Lombardia, para a implementação de uma indústria têxtil, mas o ato de concessão estipulou uma cláusula que obrigava que aos artesãos florentinos fossem ensinadas as técnicas a serem empregadas, de modo que, expirado o prazo de três anos, os locais ensinados poderiam fabricar os produtos, sem exclusividade; e) na França, em 1649, a Blaise Pascal foi concedido privilégio de invenção para uma máquina de calcular (ob. cit., p. 47).

Na idade moderna, especialmente na França, surge a regulamentação do uso das marcas, em decorrência do *laissez faire, laissez passer*, trazido pela Revolução, por meio da Lei de 12 de abril de 1803. Essa lei organizou o registro das marcas e estendeu aos seus contrafactores as penas do crime de falsificação de documentos privados, ressalvado ao proprietário o direito de buscar perdas e danos (ob. cit., p. 31). Até então, pelo Decreto de 7 de março de 1791, que aboliu todas as antigas práticas protetivas, com as proclamações de absoluta liberdade do comércio e da indústria, permitia-se, sem restrições ou limitações, o livre exercício das profissões, de modo que, até então, não parecia ao legislador que era necessária a proteção à boa-fé no comércio e na indústria.

Várias outras leis foram editadas, tanto na França, como em outros países. A Lei Francesa de 1857 exerceu grande influência sobre toda a legislação moderna e vigorou na França por muitas décadas (ob. cit., p. 31).

O Código Francês de 1810, conhecido como Código de Napoleão, preocupou-se com o tema e criminalizou não somente o uso fraudulento das marcas emblemáticas e das marcas nominais, como também dispensou igual tratamento e punição aos infratores, com pena de reclusão.

Drummond Magalhães, porém, citado por José Henrique Pierangeli, advertia que a severidade da sanção era considerada muito grande pelos Magistrados, que por isso não a aplicavam. Isso fez com o que o legislador, em 28 de junho de 1824, passasse a punir os transgressores com penas corretivas, mais eficazes e mais brandas (ob. cit., p. 33).

1.1 As marcas de indústria e comércio no Brasil

A vinda da família real para o Brasil, em 1808, para fugir à invasão Napoleônica, fez com que o Príncipe-Regente, tão logo aportou na Bahia, em 1º de abril, revogasse o Alvará de 1785, que proibia a instalação de indústrias e manufaturas no Brasil e, para estimular a instalação de indústrias e manufaturas em nosso país, e ainda visando estimular a industrialização, criou o primeiro sistema de incentivos para que nossos produtos pudessem competir com os manufaturados que provinham do exterior (Alvará de 28 de janeiro de 1.809) (ob. cit., p. 35).

Por meio desse alvará, a importação de matéria-prima e a exportação de manufaturados tiveram isenção de impostos. Para garantir e estimular o mercado interno, o fardamento das tropas passou a ser feito com tecidos produzidos no País, enquanto as manufaturas de lã, seda e algodão, assim como as fábricas de ferro e aço, passaram e receber parte da renda da loteria nacional, como subvenção (ob. cit., p. 35).

Com a proclamação da independência, a Lei de 20 de outubro de 1823 mandou que tivessem vigência em nosso país as Ordenações Filipinas e demais leis portuguesas que haviam regido o país até 25 de abril de 1821. Assim, quanto às fraudes, a vigência do Livro V de tais ordenações, em que era tratada a parte criminal, estava mantida (ob. cit., p. 35-36).

Depois veio o Código Criminal de 1830, também conhecido como Código Imperial.

Como adverte José Henrique Pierangeli, "...muito embora o art. 261 do Código Imperial cuidasse dos crimes contra a propriedade literária e artística, não tinha tal dispositivo amplitude suficiente para estabelecer uma reprimenda a título de crime contra a propriedade das marcas de indústria e comércio, ainda quando as penas significassem tão-somente a perda de todos os exemplares, ou 'do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresp dobro do valor dos exemplares'. Em sendo assim, todo apelo à analogia criminalizadora foi repudiado, tanto pela doutrina como pelos tribunais. Como exemplo, invocamos a decisão proferida pelo Tribunal da Relação da Bahia, na ação penal proposta pelos industriais Meuron & Cia. Contra Moreira & Cia, contrafactores da marca de rapé Area Preta. Desamparados e desorientados na disputa contra os usurpadores de sua marca, Meuron & Cia, juntamente com outros interessados, representaram ao Poder Legislativo, cobrando providências 'contra a fraude que

ameaçava aniquilar a indústria daquela cidade, usurpando por meio de emblema e invólucros falsificados ou contrafeitos a propriedade do nome e do crédito de fábricas antigas e contra a qual se confessam impotentes os tribunais repressivos, por entenderem que a espécie de que se trata escapou à providência do legislador'. A representação apresentada foi acolhida pela Comissão de Justiça Criminal da Câmara dos Deputados, que estudou detidamente o assunto, buscando subsídios na doutrina e jurisprudência francesas forjadas na Lei de 23.07.1857 que, como assinalado, influenciou poderosamente na nossa legislação, constituindo-se mesmo 'pelas circunstâncias do momento, a fonte mais próxima da legislação brasileira sobre a espécie'. O projeto, composto por dezesseis artigos, foi remetido e aprovado pelo Poder Legislativo, convertendo-se, com ligeiras modificações, na Lei 2.682, de 23.10.1875. Esta lei se transformou na primeira proteção efetiva para as marcas..." (ob. cit., p. 37-38).

A nova legislação, porém, era falha e não assegurava a necessária proteção à propriedade industrial.

"Encontrava-se a Lei de 1875 em plena vigência, quando o deputado Almeida e Oliveira, em 18.10.1882 apresentou um projeto no senado no sentido de completar e esclarecer pontos da legislação industrial vigente. O referido projeto, efetivamente, representava um grande progresso, mas ele não logrou sequer entrar em discussão. Alguns meses depois, tendo em vista o resultado das conferências internacionais realizadas em Paris, sobre a proteção da propriedade industrial, foi assinada a Convenção de 23.03.1883, ratificada, entre nós, pelo Dec. 9.233, de 28.12.1884.

Entre a Convenção de Paris e a Lei de 1875, havia um grande descompasso, e o desenvolvimento operado em nossas indústrias e em nosso comércio, estavam a reclamar uma pronta reforma da legislação. Atento a essas necessidades, o governo imperial encarregou as seções reunidas, dos Negócios do Império e da Justiça do Conselho do Estado a elaborar um projeto de reforma da legislação existente, "afim de que essa matéria seja entre nós regulada de acordo com a Convenção internacional para a proteção da propriedade industrial, promulgada pelo Dec. 9.523, de 28 de junho do corrente ano".

Da elaboração do projeto foram encarregados os dois senadores: Afonso Celso, Visconde de Ouro Preto, que se especializara no assunto, e Leão Velloso. Em sessão de 27.05.1885, os referidos senadores apresentaram o resultado do trabalho executado que, em seguida, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde, com algumas modificações, o projeto converteu-se na Lei 3.346, de 14.10.1887, regulamentada pelo Dec. 9.828, de 31 de dezembro desse mesmo ano. O projeto original sofreu apenas ligeiras emendas na Câmara e no Senado, diante do brilhantismo com que se houveram os seus elaboradores" (ob. cit., p. 38-39).

Com a proclamação da república, em 1889, a legislação industrial existente foi aceita e somente sofreu alterações no primeiro Código Civil republicano, de 1891. O Código Penal aboliu a pena de prisão e modificou a multa estabelecida pelo art. 14 da lei ab-rogada.

Em 23 de novembro de 1903, o Deputado Germano Hassolocker apresentou na Câmara dos Deputados um projeto que modificava a legislação de 1887. Esse projeto agravava a pena criminal aplicável aos contrafeitores, responsabilizava solidariamente aqueles que, de uma forma ou de outra, concorressem para a falsificação e dispunha sobre matéria de natureza processual. Segundo José Carlos Tinoco Soares, citado por José Henrique Pierangeli, "entre os vários pontos de melhoria que a nova legislação apresentava, salientamos a melhor estrutura dos tipos penais e de regras processuais nas ações penais e civis sobre buscas e apreensões e sobre direitos dos estrangeiros. A reprodução, no todo ou em parte, por qualquer meio, de marca de indústria e de comércio, era punida com pena de prisão de seis meses e multa. A ação penal, consoante o art. 17, era pública incondicionada. Comentando a legislação, escreve José Tinoco Soares: *No tocante às 'marcas'*, foram considerados crimes: a) contrafação; b) reprodução por qualquer meio; c) reprodução no todo ou em parte; d) uso de marca reproduzida ou imitada; g) uso de

marca legítima de outrem em produto ou artigo de falsa procedência; i) venda, exposição à venda e depósito de artigo ou produto revestido de marca abusivamente imitada ou reproduzida no todo ou em parte; j) venda, exposição à venda e depósito à venda e depósito de artigo ou produto que tem marca de outrem e não é de fabricação deste” (José Carlos Tinoco Soares. *Processo Civil nos crimes contra a propriedade industrial*. São Paulo, 1998, p. 29)” (ob. cit., 39-40).

Veio a Lei 1.236, de 29 de abril de 1904, regulamentada pelo Decreto 5.424, de 10 de janeiro de 195. A lei era superior às normas anteriores, mas ainda estava longe de atender às necessidades da proteção industrial reclamada naquele momento.

Assim, o então Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, por ordem do Presidente Epitácio Pessoa, passou a tratar do assunto. Embora Arthur Bernardes, que sucedeu Epitácio Pessoa na presidência, reconhecesse essa necessidade, nenhuma reforma foi realizada. Mas em 2.12.1923, foi criada a Diretoria-Geral da Propriedade Industrial, revogados os decretos até então vigentes. Ao diretor passou a competir a concessão de privilégios de invenção e registro demarcas de indústria e comércio. No que diz respeito à parte criminal, o art. 77 estabeleceu: ‘o processo criminal não obstará para os concessionários dos privilégios haverem indenização do dano causado ou que poderá causar’. Era a instituição da ação civil decorrente do dano causado pelo delito (ob. cit., p. 41).

A pena tinha o mínimo estabelecido em seis meses e o máximo em um ano, além de multa. A ação penal era proposta pelo Promotor de Justiça da comarca, onde fossem encontrados os produtos revestidos de marcas.

Decorridos mais de 10 anos, o Decreto n 24.507, de 29 de junho de 1934, aprovou o Regulamento para a concessão de patentes de desenho ou modelo industrial, para o registro comercial e do título de estabelecimento e para a repressão da concorrência desleal (ob. cit., p. 41).

O Código Penal de 1940, no seu Título III, cuidou dos crimes contra a propriedade imaterial, e no Capítulo III, compreendendo os arts. 192 a 194, tipificou as condutas que violavam garantias da propriedade industrial (ob. cit., p. 42).

José Henrique Pierangeli, porém, observa que “essa inserção dos crimes contra a propriedade industrial no Código Penal não representou uma providência louvável.

Realmente, a doutrina vem recomendando a elaboração de legislação extravagante para cuidar de questões como a dos crimes contra a propriedade industrial, contra o meio ambiente, falimentares, consumidor etc., onde as questões podem ser examinadas com maior profundidade, com isso buscando uma evitação de equívocos legislativos, ou seja, tal providência possibilita a elaboração de leis mais perfeitas” (ob. cit., p. 42).

A imperfeição da legislação codificada levou à sua modificação três anos depois que ela entrou em vigor. Nascia, com o Decreto nº 7.903, de 28 de agosto de 1945, nosso primeiro Código de Propriedade Industrial. Esse, nos seus capítulos II, III e IV, cuidou dos crimes contra a propriedade industrial.

Os crimes contra as marcas de indústria e comércio estavam contidos nos arts. 175, 176 e 177; no Capítulo V, ficaram definidos os crimes contra a concorrência desleal. Dessa forma, todos os comentários feitos ao Código Penal de 1940, a partir dessa data, estão fundamentados nessa lei.

Tal decreto atualizou nossa legislação de direito industrial e, por sua profundidade e elaboração cuidadosa, pelo menos na parte criminal, serviu de base para legislações posteriores, inclusive para a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, atualmente em vigor (ob. cit., p. 43).

1.2 Fundamentos da proteção à propriedade industrial

A proteção à propriedade industrial encontra seu fundamento maior na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, que assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à propriedade.

E a Constituição Federal, ainda, de forma expressa, manda a lei proteger a propriedade industrial, marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos: “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (art. 5º, XXIX).

Em razão dos mandamentos constantes da Lei Maior, o Código Penal tutela a propriedade. E a Lei nº 9.279/96 tutela a propriedade industrial.

Nesse passo, vale transcrever a lição clara de Guilherme de Souza Nucci:

“Propriedade industrial: preceitua o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiro e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade* do direito à propriedade, considerado, pois, um dos direitos humanos fundamentais. Por isso, o Código Penal tutela e protege o direito de propriedade, além de haver lei penal especial complementando o cenário. As formas de proteção à propriedade, nas leis penais, adquirem diversas conotações, valendo-se o legislador dos termos *patrimônio*, *propriedade imaterial* e *propriedade industrial*. Segundo nos parece, o patrimônio é o conjunto de bens materiais e imateriais, abrangendo objetos inanimados e semoventes, suscetível de apreciação econômica, ainda que realizada por meio indireto. São espécies de patrimônio: a) bens materiais (coisas e animais), tutelados pelos tipos penais incriminadores do Código Penal (arts. 155 a 180); b) propriedade imaterial, hoje consistente na proteção à propriedade intelectual, igualmente tutelada pelo Código Penal (art. 184); c) propriedade industrial, envolvendo o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio e a concorrência desleal, tuteladas pela Lei 9.272/96. Atualmente, considerando-se estes dois últimos conceitos, pois relativos à criatividade humana, há duas áreas: ‘a criação estética o o objeto do direito de autor; a invenção técnica, da propriedade industrial’ (Newton Silveira, *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial*, p. 5). É preciso deixar claro o conceito de *indústria*, cuja primeira impressão pode remeter ao prédio da fábrica, cheia de maquinário, onde se constroem coisas para venda no comércio, é muito mais amplo, representando todas as atividades humanas para alcançar um objetivo; essas atividades podem ser criadoras ou executoras de um projeto, de uma tese, de uma marca, de uma obra escrita etc. Em suma, a *indústria* envolve tanto aquela atividade, produzida em fábrica, para transformar a matéria-prima e objeto de valor econômico, quanto a atividade criadora do ser humano, redundando em direito de autor (propriedade intelectual) e propriedade industrial (tutela do privilégio de invenção, das marcas de indústria e comércio e da concorrência desleal). A tutela à propriedade industrial torna-se mais efetiva em virtude da adesão de nosso país à convenção de Paris, 1883, que instituiu e regulou internacionalmente o tema. Houve vários adendos e revisões com o passar dos anos. A última revisão, assinada pelo Brasil, advém de Estocolmo (1967). Como narra João da Gama Cerqueira, antes da adesão formal à Convenção de Paris, o Brasil já possuía leis protegendo o privilégio de invenção, embora ainda fossem atrasadas e imperfeitas (*Tratado da propriedade industrial*, p. 11)” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2017, p. 732).

CAPÍTULO II
DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL
CRIMES CONTRA AS PATENTES E CONTRA OS DESENHOS INDUSTRIAIS

TÍTULO V
DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA AS PATENTES

Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou

II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

2. CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

2.1 Crimes contra as patentes

Conceitos básicos preliminares: privilégio, patente de invenção e modelo de utilidade.

Segundo José Henrique Pierangeli, “as expressões **privilégio e patente de invenção** são muitas vezes empregadas como sinônimas, mas tal confusão deve ser sempre evitada, posto que possuem sentido bem definido e diversificado. **O privilégio é o direito do inventor**, enquanto **a patente é o título legal que assegura esse privilégio, na forma da lei**, quanto à sua propriedade e ao uso exclusivo da invenção, por um prazo determinado. Tenha-se presente, todavia, que a patente não cria o direito do inventor; apenas o reconhece e o assegura, visto que este preexiste. ‘A patente de invenção, expedida pela administração pública mediante o cumprimento das formalidades legais e sob certas condições, é o ato pelo qual o Estado atribui o direito ao inventor, assegurando-lhe a propriedade e o uso exclusivo da invenção pelo prazo da lei’. Em resumo, o direito do inventor dentro de um conceito dogmaticamente apropriado, denomina-se privilégio de invenção e o título que o comprova denomina-se patente de invenção” (ob. cit., p. 82-83) (destacamos).

As patentes, no Brasil, devem ser registradas perante o INPI, Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia ligada à União Federal.

Modelos de utilidade são a modificação de formas de objetos conhecidos, de modo a tornar mais útil, mais cômodo ou mais eficiente o uso do objeto. Essa modificação de forma de objetos conhecidos pode constituir modelo industrial (ob. cit., p. 106-107).

Condutas típicas

O delito prevê a conduta daquele que comete crime contra *patente de invenção* ou *modelo de utilidade*, mediante duas condutas: a) fabricar produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou b) usar meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Os artigos 8º e 9º da Lei de Propriedade Industrial dizem quais são as invenções suscetíveis de serem objeto de **patente** e quais são os objetos que podem se tornar **modelos de utilidade**:

Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Vale transcrever a lição de Guilherme de Souza Nucci sobre patente de invenção:

“Em linhas gerais, a *patente*, no âmbito jurídico do termo, representa um registro, realizado em órgão de acesso público, para garantir o direito de propriedade de alguma coisa a quem a criou. Os objetos da patente são as invenções, as marcas, as descobertas, nos termos

expostos nesta Lei. No ensinamento de João da Gama Cerqueira, ‘entre os produtos do trabalho intelectual que se manifestam no campo das indústrias, destacam-se, pela sua importância, as *invenções*, que constituem objeto da tutela jurídica dispensada, de modo geral, aos *direitos de autor* e, de modo particular, à *propriedade industrial* (*Tratado da propriedade industrial*, v. 1, p. 129). O inventor possui dois direitos fundamentais, espelhados pelo *privilegio de invenção* (monopólio de comércio ou indústria do bem criado) e pela *patente de invenção* (registro assegurador da propriedade de invenção). Esta última é registrada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. No magistério de Tinoco Soares, ‘inventor é aquele que através do trabalho do intelecto ou do acaso fez uma descoberta ou idealizou alguma coisa nova, suscetível de ser industrializada. A *invenção* é o produto do seu trabalho, decorrendo daí que a *patente* é o título hábil representativo da obtenção de um privilégio de uma invenção ou de um aperfeiçoamento’ (*Lei de Patentes, marcas e direitos conexos*, p. 29). Para ser patenteável, a invenção deve ser uma novidade, atividade inventiva e de aplicação industrial (art. 8.º desta Lei)” (Leis Penais, p. 733).

Modelo de utilidade, para Nucci,

“Cuida-se da criação de uma nova forma de uso de algum produto já conhecido, aprimorando a sua *performance*. Na lição de Newton Silveira, ‘os modelos de utilidade visam a melhorar o uso ou utilidade dos produtos, dotando-os de maior eficiência ou comodidade na sua utilização, por meio de nova configuração’ (*A propriedade intelectual*, p. 7)” (Leis Penais, p. 734).

Incorre no delito aquele que fabricar produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, *sem autorização do titular*.

Finalmente, também incorre no crime aquele que usar meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, *sem autorização do titular*.

O elemento normativo do tipo penal *sem autorização do titular do direito* é que torna a conduta penalmente típica.

Sujeito ativo

Poderá ser sujeito ativo do delito qualquer pessoa.

Sujeito passivo

Será sujeito passivo o titular do direito ao produto objeto de patente ou modelo de utilidade. Como também o titular do *meio ou processo* que seja *objeto de patente de invenção*.

Poderá ser pessoa física ou jurídica e ainda terceiro ao qual tenha sido transferida a patente ou processo objeto de patente de invenção.

Também poderá ser sujeito passivo o Estado, quando a violação atingir o “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (CF, art. 5º, XXIX).

Será também sujeito passivo o Estado, quando se tratar de patente de interesse da defesa nacional (LPI, art. 75) (Pierangeli, p. 189).

Consumação e tentativa

A consumação se dá com o efetivo fabrico do produto ou modelo de utilidade ou ainda com o efetivo uso de meio ou processo que seja objeto de patente de invenção.

Como se trata de delito cuja execução pode ser fracionada em atos, é possível a tentativa.

Elemento Subjetivo

É o dolo, direto ou eventual, inexistindo punição a título de culpa por ausência de previsão legal.

Classificação

No inciso I, trata-se de crime material, de conduta e resultado. Há necessidade de exame pericial, nos termos do art. 158, do Código de Processo Penal.

No inciso II, crime formal, de mera conduta, que independe de resultado, bastando o uso nas circunstâncias traçadas no tipo penal.

Infração de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada não é superior a 2 anos (art. 61, da Lei nº 9.099/95).

Como tal, é passível de transação penal, nos termos do art. 76, da Lei nº 9.099/95, e de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Crime de ação penal privada, em que a propositura da ação penal é privativa do ofendido, titular do direito violado.

Julgados correlatos

TJSP:

Contrafação demonstrada

Propriedade industrial. Modelo de utilidade e desenho industrial. Pretensão de ver cessada alegada contrafação e imposta condenação pelos danos havidos.. Contrafação que é mesmo incontroversa.(...) Ausência de qualquer elemento a infirmar o registro do desenho industrial, com exame de mérito. Prejuízo havido e mesmo presumido. Liquidação por arbitramento, nos termos dos artigos 208 e 210 da Lei 9.279/96. Sentença revista em parte. Recursos principal e adesivo parcialmente providos. (TJSP; Apelação 0009113-90.2012.8.26.0637; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Tupã - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/06/2015; Data de Registro: 27/06/2015).

TJMG:

Complexidade da causa criminal. Remessa ao juízo criminal comum:

“Diante da complexidade do feito e da necessidade de produção de prova pericial para aferição dos indícios de materialidade do crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.279/96, deve ser afastada a aplicabilidade do conceito estabelecido no art. 61 da Lei nº 9.099/95 e declarada a competência da justiça comum” (CJ 1.0000.13.099049-2/000-MG, 6ª Câmara Criminal, Rel. Márcia Milanez, 08.04.2014).

TJES:

Violação de patente. Inversão do ônus da prova. Ao acusado compete a prova de que seu produto foi obtido por processo diverso daquele protegido pela patente

“(…)Em caso de violação de patente de processo de fabricação, compete ao acusado o ônus de provar que seu produto foi obtido por processo diverso do protegido pela patente” (Apelação nº 1072018-05.1998.8.08.8.0024 – ES, 3ª Câmara Cível, Rel. Telemaco Antunes de Abreu Filho, 29.10.2015, v.u.).

TJMS:

Desacordo comercial não implica ilícito penal

“(…) 2. No caso dos autos, não há indícios de que a empresa ré praticou a conduta descrita no art. 183, inc. II, da Lei nº 9.279/96, já que o apelante autorizou a empresa Mirante Fundições Ltda, a explorar a tecnologia patenteadada, a qual foi objeto de contrato de fornecimento com a empresa Vetorial Siderurgia Ltda, tratando-se, portanto, de um desacordo comercial e não um fato criminoso, inviabilizando a decretação da medida cautelar de cunho criminal almejada nesta via recursal. 3. Recurso improvido” (Apelação nº 0800586-82.2014.8.12.008 – MS, 3ª Câmara Criminal, Rel. Francisco Gerardo de Souza, 09.07.2015, v.u.).

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou

II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Condutas

Exportar, vender, expor ou oferecer à venda, ter em estoque, ocultar ou receber, para utilizar, com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado.

Importar produto que seja objeto de patente de invenção ou modelo de utilidade ou ainda obtido por meio ou processo patenteado no País, para utilização econômica, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou então com seu consentimento.

Fim especial

Observe-se que o tipo penal, nas duas situações, exige fim econômico, de lucro, exploração no comércio, indústria etc, ainda que informal.

Se o fim for meramente educacional, científico, de pesquisa, não haverá o delito.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa física.

A pessoa jurídica, isoladamente considerada, não poderá ser sujeito ativo do delito, pois a responsabilidade penal da sociedade empresária, entre nós, *ainda* é limitada ao campo do Direito Ambiental, por força do disposto na Constituição Federal. Nesse sentido, dispõe o art. 225, § 3º, da Carta Bandeirante:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Os diretores da pessoa jurídica responsáveis pela violação da patente ou modelo de utilidade, porém, responderão pelo delito. Especialmente se detinham o domínio funcional do fato, no momento em que determinaram a contrafação por uma das condutas previstas no tipo penal.

Sujeito passivo

O titular do produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, de objeto de patente de invenção, modelo de utilidade ou ainda obtido por meio ou processo patenteado no País e ainda do produto que tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Também será sujeito passivo o terceiro ao qual houver sido concedido o direito de explorar a patente de invenção ou modelo de utilidade.

Consumação e tentativa

Basta a realização de um dos verbos do núcleo dos tipos penais para que o crime se consuma.

Como se trata de delito cuja prática pode ser fracionada em atos, é possível em tese a tentativa.

Elemento Subjetivo

É o dolo, direto ou eventual, inexistindo punição a título de crime culposos, por ausência de previsão legal.

Classificação

Crime de conteúdo variado, tipo misto alternativo, formal, que independe de resultado.

Crime de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima prevista não é superior a 3 meses ou multa. Como tal, passível de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95) e suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95).

Crime de ação penal privada, em que a ação penal deve ser proposta necessariamente pelo ofendido, titular do direito violado.

Julgados correlatos

TJSP:

Contrafação evidente. Dano material reconhecido

MARCA. ABSTENÇÃO DE USO. Produtos com marcas famosas alvos de pirataria com cópias de qualidade inferior e acabamento fora dos padrões – Contrafação que se constata pela comparação dos produtos apresentados nos autos – Necessidade de tutelar a propriedade industrial de maneira ampla, protegendo o fabricante que testemunha o aproveitamento parasitário de seu trabalho e investimento, mediante derrame de imitações baratas que deterioram a imagem do produto copiado (...). (TJSP; Apelação 4003989-79.2013.8.26.0554; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Santo André - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2015; Data de Registro: 13/05/2015).

STJ:

Fabricação do produto e venda posterior. Esta é pós-fato impunível. Princípio da consunção. Prevalência de um só crime. Competência do JECrim

“(…) 3. Na hipótese, aos pacientes, na condição de diretores de empresa de fabricação e venda de peças automotivas, foram imputadas a prática de crimes contra a propriedade intelectual, por terem fabricado e colocado à venda produto supostamente contrafeito. 4. **Ocorre que a segunda conduta (colocação de produto contrafeito à venda) é decorrência da primeira (fabricação de produto contrafeito). Assim, está-se diante de pós-fato impunível (...)** (HC 56.097/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009).

STJ:

Extinção da punibilidade de crime da Lei nº 9.279/96 não faz coisa julgada em relação ao delito do art. 184, § 2º, do CP

1. Se a declaração de extinção da punibilidade se referiu ao tipo descrito no art. 189 da Lei 9.279/96, cujo início da persecução dependia da vontade do ofendido, por meio de ação penal privada, tal decisão não tem o condão de trancar a ação penal pública instaurada contra o paciente, sob a alegação de coisa julgada, em relação ao crime descrito no art. 184, § 2º, do CP, por se tratar de condutas distintas. 2. Ordem denegada. (HC 95.351/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 02/06/2008).

STF:**Anterioridade do nome comercial**

“(…) 2. Considerando que a empresa estrangeira LIDL STIFTUNG & CO. KG., ora apelada, foi constituída no ano de 1973, enquanto que os atos constitutivos da apelante – LIDEL LOJA DE ALIMENTOS LTDA - datam de 1998, é possível concluir que milita em favor daquela o privilégio da anterioridade sob o aspecto do nome comercial (...) 4. Sendo a empresa-ré mais antiga que a empresa-autora, e atuando ambas no mesmo segmento mercadológico – supermercados/comércio de mercadorias - evidencia-se o prévio conhecimento da autora reconvinde sobre a existência e atividades da ré-reconvinte, podendo invocar a primeira o inciso XXIII do art. 124 da LPI como protetor de seus sinais. 5. Apelação e remessa improvidas.” 7. Agravo regimental desprovido. (AI 739381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 14-05-2013 PUBLIC 15-05-2013).

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Conduta

Fornecer componente de produto patenteado, material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Objeto jurídico

A norma penal aqui protege o componente de produto patenteado, material ou equipamento para realizar processo patenteado.

Fim especial da conduta

A conduta, para que o crime ocorra, deve ser obrigatoriamente a exploração do objeto da patente. Essa exploração há de ser entendida como aquela voltada a fim comercial, econômico, ainda que exercido na informalidade.

Se outro for o fim, que não a exploração do objeto da patente, o delito não se perfaz.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa.

Sujeito passivo

O titular dos direitos sobre o produto patenteado ou material ou equipamento destinado à realização de processo patenteado. E ainda o terceiro ao qual tenham sido concedidos os direitos sobre componente patenteado ou sobre material ou equipamento que sirva para realizar processo patenteado.

Consumação e tentativa

O crime se consuma com o fornecimento de produto patenteado, de modo que seja necessariamente induzida a exploração da patente. Sem que haja a efetiva exploração da patente, pelo

Drogas – Lei nº 11.343/2006

Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto
e Renee do Ó Souza

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências

TÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Registros históricos na legislação penal brasileira acerca das drogas – Nas Ordenações Filipinas, datadas de 1603, mais precisamente no Livro V, Título LXXXIX, havia uma disposição penal acerca do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes com a seguinte redação: “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem a venda, nem outro material venenoso” (CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47-48).

Posteriormente, o Código Penal Republicano de 1890, ao regulamentar os crimes contra a saúde pública, passou a dispor sobre o tema no artigo 159, descrevendo o delito da seguinte forma: “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, crime que cominava pena de multa.

Somente com as alterações legislativas ocorridas em 1932 por meio da chamada Consolidação das Leis Penais é que aquele dispositivo passou a adotar o léxico “entorpecentes” ou “psicotrópicos”, acrescentando-lhe doze parágrafos, além de prever a pena de prisão. Dessa forma, deu-se início à política de repressão às drogas no Brasil.

A política criminal proibicionista das drogas foi confirmada alguns anos depois no artigo 281 do Código Penal de 1940, redigido de forma a abranger muitas condutas relacionadas ao porte e ao comércio. Embora entre os treze núcleos verbais contidos naquele crime não houvesse disposição sobre o consumo, o modelo sanitário vigente à época permitia a internação compulsória do usuário, bastando para tanto uma representação da autoridade policial ou do Ministério Público.

O tratamento penal em relação ao usuário foi fortemente endurecido pela legislação penal quando, em 1968, com a edição do Ato Institucional nº 5, o artigo 281 do Código Penal foi modificado pelo Decreto nº 385 que, além de acrescentar mais núcleos verbais ao tipo, dispôs no inciso III do parágrafo primeiro, uma igualdade de tratamento entre traficante e usuário, nos seguintes termos: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Somente com a edição da Lei 6.368/1976, repleta de vários outros tipos penais relacionados ao submundo dos entorpecentes, é que a legislação estabelece uma clara distinção político-criminal entre traficante e usuário. Referida Lei foi parcialmente revogada pela Lei 10.409/2002. Ambas as leis só foram revogadas em 2013, pela Lei atual, objeto de estudo nesta obra.

Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – A Lei 11.343/2006 revogou a Lei anterior (Lei 6.368/1976) e se notabiliza, já no art. 1º, pela instituição de um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad, que visa a estruturação de um programa do Poder Público voltado à prevenção ao uso de drogas e uma adequada repressão ao tráfico.

A Lei atual se caracteriza pela predominante pretensão preventiva e uma política de redução de danos; pela diferenciação clara e definitiva entre usuário e dependentes de drogas em relação aos traficantes; pela substituição do termo entorpecente, usado anteriormente, por drogas; e pela clara distinção entre traficante profissional e traficante ocasional.

Finalidade da lei 11.343/2006 – Ao apresentar os objetivos da Lei, o artigo 1º representa um marco fundamental para uma interpretação eficaz, apoiada em três pilares essenciais: a criação do Sisnad, a implementação de medidas de assistência ao usuário e ao dependente, e o combate ao tráfico de drogas.

Normas penais em branco – O parágrafo único do art. 1º da Lei de Drogas apresenta um exemplo paradigmático da chamada “norma penal em branco”, entendida como aquela cujo preceito normativo é incompleto, em que a complementação deve ser encontrada em outra disposição legal. Quando essa complementação tem a mesma fonte normativa da lei a ser preenchida, estamos diante de uma “norma penal em branco homogênea” ou, em sentido amplo. Por outro lado, quando a complementação provém de uma fonte normativa distinta, temos a “norma penal em branco heterogênea” ou, em sentido estrito. Tal é o caso da Lei de Drogas, cuja origem é legislativa, mas cuja definição do que é considerado droga cabe ao Poder Executivo.

Drogas – Tratando-se, como visto acima, de uma lei penal em branco, a complementação, *in casu*, se origina da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, como indica, textualmente, o art. 66 da lei em exame. É dizer: droga será tudo aquilo que constar das listas constantes da mencionada portaria. De sorte que, como seria impossível a lei conter, em seu texto, as centenas de drogas proibidas – o que exigiria, ademais, uma constante renovação da lei, dada à velocidade com se multiplicam as diversas espécies de entorpecentes – remete-se a uma portaria do Serviço de Vigilância Sanitária e do Ministério da Saúde, a definição das substâncias proibidas, por meio de listas periodicamente atualizadas. Anote-se que as drogas mais comumente apreendidas são a maconha, a cocaína (em pó ou em pedra – conhecida como *crack*), o lança-perfume, o *ecstasy*, a heroína, o LSD, o ópio, dentre outras.

A substância entorpecente é caracterizada pela capacidade química de provocar alterações fisiológicas e dependência física ou psíquica, razão pela qual, em regra, é necessária a realização de perícia denomina exame químico-toxicológico que visa verificar o princípio ativo

no material apreendido. Por isso que, em regra, são imprescindíveis os laudos de constatação (provisório) e definitivo para comprovação da materialidade delitiva, conforme comentários feitos ao § 1º do artigo 50 da Lei.

Classificação das drogas – A partir dos efeitos produzidos no sistema nervoso central, as drogas podem ser classificadas em:

1. Depressoras ou psicolépticas: diminuem a atividade mental, induzem ao sono, relaxam os músculos e alteram as respostas funcionais reflexivas. Causam lentidão, sonolência, apatia, falta de coordenação motora, dificuldade de concentração e perda da memória. São exemplos: álcool, calmantes e ansiolíticos em geral, morfina, codeína, heroína, metadona, cola de sapateiro, benzina e acetona.
2. Estimulantes ou psicoanalépticas: aumentam a atividade do sistema nervoso central, causando insônia, excitam a atividade mental/intelectual e a tensão emocional. São exemplos: cocaína, crack, cafeína, teobromina, MDMA ou Ecstasy e anfetaminas.
3. Perturbadoras ou psicodislépticas ou alucinógenas: modificam a qualidade da atividade cerebral, gerando distorção da realidade, alucinações, ilusões, estados confusoriais e despersonalização. São exemplos: maconha (THC), skunk, chá de cogumelo, cogumelo, LSD-25 (ácido lisérgico) e anticolinérgicos.

Crime putativo por erro do tipo – caso o agente deseje praticar crime de porte ou tráfico de drogas, mas por desconhecimento possui e comercializa talco, por exemplo, não comete crime algum. Há nesse caso um crime putativo por erro de tipo, também conhecido como delito imaginário ou erroneamente suposto, que existe exclusivamente na mente do agente. Embora queira praticar uma infração (pensa que possui cocaína), por erro, pratica fato penalmente irrelevante (porque na verdade possui farinha).

Grau de pureza da substância – conforme será estudado, a constatação de que determinada substância apreendida contém o princípio ativo de uma das drogas elencadas na norma administrativa é feita por meio de exame pericial, inicialmente pelo laudo de constatação, de elaboração simplificada, necessário para a prisão em flagrante, e posteriormente pelo laudo definitivo, mais completo e utilizado como fundamento para a condenação (embora ultimamente sua exigência tenha sido dispensada em situações nas quais o laudo de constatação é suficiente para comprovar definitivamente a materialidade delitiva).

Tratando-se do exame de constatação ou do definitivo, o trabalho do perito consiste em estabelecer se a substância remetida para análise contém droga em sua fórmula. A lei não exige que se examine o *grau de pureza* da droga para estabelecer seu poder viciante e, a partir deste dado, abrir caminho para a punição. E seria mesmo inviável que assim se procedesse, porque o fato de a droga ter baixo grau de pureza não significa que tenha baixo potencial lesivo, tendo em vista especialmente que indivíduos reagem de formas diversas à ingestão de substâncias que provocam dependência. E, tratando-se de crime de perigo abstrato e de acentuada gravidade, com consequências no geral nefastas, é necessário que a punição abranja o máximo possível de situações que possam se subsumir à lei. Caso a intenção fosse punir somente o tráfico de drogas de elevada pureza, o legislador teria elaborado fórmula típica com esta característica. Neste sentido entende o STJ:

“1. Para a configuração do delito de tráfico de drogas é desnecessária a aferição do grau de pureza da droga apreendida, no caso, a cocaína. 2. Conforme ressaltado pelo Parquet estadual, “no crime de tráfico de entorpecentes é necessário se apurar a natureza e a quantidade da substância ou produto apreendidos, mas é irrelevante quantificar quantas doses poderiam ser produzidas com a substância proscrita, até porque esse ‘varejo’ varia de acordo com o traficante que faz a mistura para venda” (fl. 227). 3. In casu, no laudo realizado, em resposta aos quesitos n. 1, 2 e 3, o expert constatou que “a descrição e a massa líquida do material recebido encontram-se apresentadas no item 1 – MATERIAL RECEBIDO. Os

testes descritos no item III – EXAMES, efetuados nas 10 (dez) amostras encaminhadas, resultaram todos positivos para a substância COCAÍNA, na forma de sal de cocaína.” (RHC 57.526/SP, j. 25/08/2015)

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Proibição geral – O dispositivo serve de amparo geral para a proibição no manejo das drogas em todo território nacional, o que é suficiente para a restrição jurídica individual daqueles que violarem a vedação. Além disso, esta proibição geral é o complemento valorativo do elemento normativo – sem autorização legal ou regulamentar – contido nos vários crimes descritos na Lei de Drogas.

Uso ritual e religioso – O artigo em análise faz uma ressalva quanto à possibilidade de emprego de substâncias vegetais e substratos para fins de uso ritualístico-religioso. Tal ressalva decorre do fato do Brasil ter aderido à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1971), que foi promulgada, em nosso direito interno, pelo Decreto nº 79.388/1977, após aprovação pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 90/1972. A título de exemplo, é o que ocorre, em nosso país, com a doutrina denominada “Santo Daime”, no qual é servido um chá a base de uma planta denominada “ayahuasca”, capaz de produzir alucinações e levar seus consumidores a transe psicóticos. Essa substância, porque considerada psicotrópica, chegou a ser proibida no Brasil, mas, após longos debates, editou-se a Resolução n. 1/2010, do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, admitindo seu uso. De tal resolução, a justificar a liberação do uso do chá, constou que “o uso ritualístico religioso da Ayahuasca, há muito reconhecido como prática legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção”.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Fins medicinais e científicos – Pode ocorrer que determinada substância, conquanto definida como “droga”, ainda assim seja permitido seu uso. Um exemplo: a substância “talidomida” é proibida, como consta da lista “C3”, da Portaria nº 344/1998, posto que seu uso, por mulheres grávidas, pode resultar no nascimento de crianças com sérios problemas de formação óssea. Essa a regra geral. Sucede que tal substância se mostra eficaz em alguns tratamentos de câncer, razão pela qual permite-se sua importação, mediante rigoroso controle. Trata-se, pois, de exemplo de uma substância que, embora proibida, pode ser empregada para fins medicinais. O mesmo ocorre com a maconha, cujo benefício no tratamento de determinadas doenças (notadamente de cunho neurológico), tem comprovação científica. Forte nesse argumento, diversas famílias buscaram, com o sucesso, o Poder Judiciário, a fim de que lhe fosse autorizada a impoção da droga ou mesmo seu plantio doméstico. Podemos lembrar, ainda, do emprego de drogas para fins científicos. Imagine-se uma respeitada Universidade cujo seu departamento de medicina desenvolve um sério estudo sobre o uso da cocaína. Não se vai supor que os pesquisadores devam dirigir-se às ruas para, de um traficante, adquirir a droga. Nesse caso, se

permitirá a posse e guarda da droga, a ser fornecida pelo Estado, sem que, porém, qualquer crime reste configurado.

Competência para autorização de cultivo: Registre-se o importante precedente do Superior Tribunal de Justiça que definiu que “A concessão de autorização para o cultivo de maconha depende de critérios técnicos cujo estudo refoge à competência do juízo criminal, que não pode se imiscuir em temas cuja análise incumbe à ANVISA. Assim, é incabível salvo-conduto para o cultivo da cannabis visando a extração do óleo medicinal, ainda que na quantidade necessária para o controle da epilepsia, posto que a autorização fica a cargo da análise do caso concreto pela ANVISA” (STJ. 5ª Turma. RHC 123.402-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/03/2021 (Info 690)).

Maconha medicinal: A maconha, ou Cannabis sativa, é uma planta que contém diversas substâncias químicas, sendo o Tetra-hidrocanabiol (THC) a mais notória, responsável pela criminalização de seu uso. O THC possui propriedades psicoativas que podem causar sintomas psicóticos, prejudicar a memória, causar danos cognitivos sérios, induzir relaxamento, euforia e alterações na percepção do tempo e espaço (síndrome amotivacional).

Entretanto, a planta também contém substâncias químicas com propriedades medicinais, que podem ser utilizadas para propósitos terapêuticos, como no controle de náuseas em pacientes submetidos à quimioterapia, como analgésico, no tratamento do glaucoma, da epilepsia, de doenças cardiovasculares, entre outros.

O uso medicinal da maconha, apesar dos efeitos colaterais mencionados, deve ser cuidadosamente considerado, levando em conta a escolha do componente apropriado para cada caso. Tanto o Conselho Federal de Medicina (CFM) quanto a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) alertaram, em 2019, sobre os riscos de autorizar de forma indiscriminada o cultivo da maconha, devido aos potenciais impactos na saúde pública. No entanto, foi ressaltado o uso do canabidiol em circunstâncias específicas, como no tratamento de epilepsias em crianças e adolescentes que não respondem bem aos métodos convencionais.

Para esses casos, não há violação da lei de drogas e nem tipicidade material na conduta daquele que cultiva a maconha para extrair o óleo de canabidiol, desde que seja de fato necessário para o tratamento de saúde de alguém e sob a supervisão de órgãos sanitários. Recentemente, decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) das 5ª e 6ª Turmas corroboram que o cultivo de cannabis para uso medicinal próprio é materialmente atípico.

Em relação à inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal, sugerimos a leitura dos comentários ao art. 28 da Lei.

CAPÍTULO III DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Usuário e dependente – Este capítulo trata exclusivamente do *usuário* e do *dependente*, em distinção feita pelo legislador no título III do diploma em análise. É dizer: para a lei em exame, há que se diferenciar o mero usuário do dependente, cuja conclusão pode indicar a resposta estatal a ser aplicada ao agente, dentre aquelas elencadas no art. 28. Vê-se que o dependente será sempre um usuário, mas a recíproca não é verdadeira. Usuário, pois, é aquele que faz uso eventual da droga, para fins *recreativos*, sem estabelecer qualquer dependência com a substância. O dependente se vale da droga com maior frequência, sofrendo males físicos e psicológicos em casos de abstinência.

Tendências político-criminais para o enfrentamento das drogas – Como bem explica Luiz Flávio Gomes (*Lei de Drogas comentada artigo por artigo*, São Paulo: RT, 6ª ed., 2014, p. 115), em termos mundiais, são pelo menos quatro as vertentes político-criminais empregadas atualmente em relação ao usuário de drogas, que podem ser assim resumida:

- 1) *Modelo norte-americano*: prega a abstinência e a tolerância zero”, com uma ou outra exceção – acréscimo – segundo um ou outro Estado (sabe-se que, naquele país a lei penal não é única, vigorando em todo território, como ocorre no Brasil, mas, ao contrário, pode variar de um para outro Estado). Ensina o mencionado autor que, nos EUA, a questão das drogas, inclusive para o usuário ou dependente, tem um caráter policial e militar, merecendo total repressão pelos órgãos competentes.
- 2) *Modelo liberal radical (liberalização total)*: defende a total liberação do consumo de drogas.
- 3) *Modelo da “redução de danos” (sistema europeu)*: segundo o mencionado autor “em oposição à política norte-americana, na Europa adota-se uma outra estratégia, que não se coaduna com a abstinência ou mesmo com a tolerância zero. A ‘redução dos danos’ causados aos usuários e a terceiros (entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica etc.) seria o correto enfoque para o problema. Esse mesmo modelo, de outro lado, propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle (“regulamentação”) e educacional; droga é problema de saúde privada e pública” (ob. cit., p. 117).
- 4) *Justiça terapêutica*: como indica o título, busca focar sua atenção no tratamento, afastando qualquer caráter delituoso na ação do usuário ou dependente. Deixando de lado a repressão, tem em mente a necessidade da educação e do esclarecimento a fim de evitar sobre o uso nefasto de drogas.

Não podemos dizer que a Lei 11.343/06 seguiu fielmente qualquer dos modelos acima. Trabalhou com a despenalização moderada do porte de drogas para consumo pessoal, mas, de acordo com a maioria, ainda rotula o comportamento como crime, passível de pena não privativa de liberdade.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “o art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII) [...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º) [...] Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade” (STF – RE n. 430105-RJ, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 12/02.2077, DJe 27/04/2007, p. 69; RT 863/516).

Inegável, porém, que a reforma promovida pela Lei 13.840/2019 deu primazia e atenção ao tratamento terapêutico do usuário e dependente de drogas de modo a reforçar a tendência da política criminal brasileira sobre drogas voltada ao apoio, promoção e reinserção social.

Alertamos, por fim, que o STF julga atualmente o recurso extraordinário nº 635.659 (Tema 506), no qual se discute a **inconstitucionalidade do art. 28 da Lei e a consequente descriminalização do porte de drogas para consumo**. Para Gilmar Mendes, que apresentou o voto condutor da tese, as sanções descritas no dispositivo passam a ter caráter exclusivamente

administrativo, pois a punição criminal “estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos, bem como gera uma punição desproporcional ao usuário, violando o direito à personalidade”. Os ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Rosa Weber também consideraram inconstitucional a criminalização, mas limitaram seus votos à maconha, a que se referem os fatos tratados no recurso. Na sequência, o ministro Cristiano Zanin votou contrário a tese porque entende a mera descriminalização contrária a razão de ser da lei, pois contribuirá para agravar problemas de saúde relacionados ao vício. O Julgamento foi interrompido devido a um pedido de vista do Ministro André Mendonça.

Cumpra anotar que o Tribunal Constitucional Argentino (Corte Suprema de *Justicia de la Nación*) decidiu no dia 25.08.2009 que o tipo penal da posse de droga para consumo próprio é inconstitucional sob os fundamentos de ineficiência como meio de combate às drogas na sociedade, comprovada pelo constante aumento do consumo de droga na Argentina e, em segundo lugar, a violação do art. 19 da Constituição argentina, que declara que ações privadas apenas interessam a Deus e não ao Direito Penal.

A decisão proferida pela Suprema Corte do Brasil parece encontrar seu fundamento na violação ao princípio da alteridade, segundo o qual o direito penal não deve sancionar condutas que resultem em danos exclusivamente ao próprio autor do ato. Embora o escopo do direito penal não se volte à autolesão consciente, no que tange ao porte para consumo de substâncias entorpecentes, especialmente quando se analisam os efeitos devastadores das drogas mais potentes, tais como a condição de dependência e a subsequente subjugação da autonomia da personalidade do indivíduo, percebem-se valores dignos de tutela pelo direito penal. Por esta razão, sustentamos a constitucionalidade da tipificação contida no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Passemos à análise.

Cumpra ressaltar, inicialmente, que a conduta tipificada no artigo 28 da Lei de Drogas não incrimina a ingestão/consumo/inoculação de substâncias entorpecentes, motivo pelo qual não se verifica uma criminalização direta da autolesão. Na verdade, os demais elementos verbais empregados no tipo penal evidenciam a intenção do legislador de coibir a disseminação das drogas, substâncias prejudiciais à saúde coletiva e ao adequado convívio social em geral.

Como ensina Vicente Greco Filho, citando a Corte Constitucional Italiana: “(...) a punição do simples porte se insere, como parte no todo, no quadro geral e no ciclo operativo completo, da luta, com meios legais, em todas as frentes, contra o alto poder destrutivo do uso de estupefacientes e contra a difusão de seu contágio que alcançam o nível de manifestações criminosas tais que suscitam, em medida cada vez mais preocupante, a perturbação da ordem. (...) A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno”. (Tóxico: Prevenção – Repressão, São Paulo, Editora Saraiva, 11ª ed., 1996, p. 112-113).

Além de ressaltar a danosidade social da conduta em questão, o *decisum* em análise aborda um ponto de grande relevância: o ciclo operativo completo do tráfico de drogas, termo técnico empregado para elucidar todas as etapas envolvidas na produção, distribuição e consumo de substâncias ilícitas. Este ciclo engloba desde o cultivo e manufatura das drogas até sua comercialização e utilização final.

Ao pleitear a descriminalização do porte de entorpecentes sem considerar que este, muitas vezes, é precedido pela aquisição dessas substâncias, passa-se a punir apenas um elo dessa cadeia, olvidando-se que a comércio de drogas é um ato que envolve dois atores centrais: o vendedor e o comprador. Impor sanções a apenas um dos envolvidos cria uma assimetria econômica

e um desequilíbrio no senso de responsabilidade dos envolvidos, o que levanta questionamentos sobre a eficácia do sistema jurídico em lidar de maneira abrangente com o tráfico de drogas.

Isso possibilita o surgimento de uma espécie de “zona cinzenta” de semilegalidade, que poderia ser explorada de forma ainda mais danosa por traficantes e organizações criminosas que se apropriam desse vácuo legal com sérias implicações para a segurança pública e o controle das atividades criminosas. Ademais, a descriminalização da aquisição de drogas pode acarretar um aumento do consumo, uma vez que algumas pessoas podem sentir-se incentivadas a experimentar substâncias ilícitas sem o temor de sanções legais. Tal cenário poderia resultar em um aumento dos problemas de saúde associados ao consumo de drogas e sobrecarregar os sistemas de saúde. Além disso, a comercialização clandestina de drogas também poderia pôr em risco a segurança dos consumidores, visto que a qualidade e pureza das substâncias não seriam regulamentadas.

É ainda imperativo ressaltar que muitos países são signatários de tratados internacionais que proíbem o consumo e a comercialização de drogas ilícitas. Essa diferença de tratamento legal pode dar ensejo ao surgimento do chamado narcoturismo, comum em locais em que a legislação sobre drogas é mais permissiva que em outros, o que incentiva a visita de pessoas de outras localidades em busca de acesso facilitado a substâncias ilícitas. Isso, por sua vez, poderia gerar uma série de desafios para as autoridades locais, desde questões de segurança pública até questões de saúde e bem-estar dos visitantes. Além disso, a adoção de uma descriminalização unilateral, voltada exclusivamente para o consumidor, poderia entrar em conflito com tais acordos, gerando tensões diplomáticas e colocando o Brasil em uma posição delicada no contexto internacional.

Ademais, o controle de constitucionalidade de leis em matéria penal deve levar sempre em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens para proteção de determinados bens, principalmente no tocante aos crimes de perigo, como o descrito no art. 28 da Lei de Drogas. Nessas situações, o legislador incrimina condutas que expõe determinado bem jurídico, notadamente aqueles de conteúdo supraindividual, a perigo indesejado.

Isso significa que a identificação do interesse público e social na tipificação das condutas descritas no art. 28 da Lei é feita a partir da necessidade de restringir riscos relevantes à saúde pública, verdadeiro direito fundamental coletivo, que conforme previsto no art. 196 da Constituição Federal, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. É o que, por exemplo, anima o reproche penal àquele que se nega a vacinar-se contra determinada enfermidade e, com sua omissão injustificada, põe em risco a saúde de várias outras pessoas por meio da propagação de germes patogênicos aptos a ensejar uma epidemia.

A constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas também é aferida diante das sanções ali cominadas, essencialmente despenalizadas e orientativas, o que lhe assegura compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Na verdade, as penas restritivas cominadas ao delito não permitem que o usuário seja arrastado para o ambiente criminoso, o que serve para afastar as alegações de eventuais excessos político-criminais desta incriminação.

Por isso, para nós, semelhantemente ao que ocorreu na Alemanha, não há substrato jurídico para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Como se sabe, naquele país, em uma das decisões mais importantes da Corte alemã, no famoso caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145), o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. Ao analisar o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, a Corte enfatizou que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. E assentou a Corte alemã:

Se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de *cannabis* sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei (BVerfGE 90, 145, 1994).

Ao analisarmos o artigo 28 da Lei de Drogas, não identificamos fundamentos jurídicos robustos que o tornem inconstitucional. O dispositivo está em consonância com os princípios constitucionais que regem a política criminal vigente, conferindo ao Estado a prerrogativa de preservar a ordem pública e a saúde coletiva. Portanto, não obstante as diversas interpretações do tema, concluímos que a manutenção da normativa é consentânea com os imperativos legais e constitucionais.

Ministério Público e defesa – Os crimes previstos no art. 28 da lei em exame são de ação penal pública incondicionada, significando dizer que a titularidade da ação é privativa do Ministério Público, na dicção do inc. I, do art. 129, da Constituição. Ora, o art. 100 do Código Penal, dispõe que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Como o diploma em tela não estabelece nenhuma exceção, não admitindo a oferta de queixa-crime ou a necessidade de representação, adota-se a regra geral, pelo que – insistimos – apenas ao *parquet* se defere a titularidade para agir. É bem por isso que se impõe, em todo o procedimento, a oitiva do Ministério Público e, por óbvio, da defesa, como forma de preservar-se o princípio do contraditório.

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.

Objetividade jurídica: O interesse protegido pela norma em análise é a saúde pública, um bem jurídico comumente classificado como supraindividual. Este pode ser interpretado como a soma das saúdes individuais de todos os membros da sociedade, englobando o sistema público de saúde, o conjunto de normas sanitárias e de higiene, bem como a prevenção de práticas sociais prejudiciais à comunidade devido aos danos que podem ocasionar à população. É a saúde pública que se encontra em risco diante do comportamento do usuário. Observa-se que, ao contrário da legislação de drogas revogada, o tipo em questão não sanciona o uso e, por conseguinte, não tem como finalidade primária a proteção da saúde do agente-usuário, visto que a autolesão não deve ser objeto de punição. O âmbito de tutela aqui transcende a esfera da vida privada e da individualidade, abarcando as consequências sociais externas e recíprocas que o porte de drogas pode acarretar para a coletividade.

Aliás, por conta do bem tutelado, a maioria dos Tribunais do Brasil se recusa aplicar o **princípio da insignificância**. No seio do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no sentido da não aplicação desse princípio aos casos de uso de drogas. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGA ILÍCITA PARA CONSUMO PESSOAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que pequena a quantidade de drogas

apreendidas, como na espécie. 2. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao delito descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em razão de se tratar de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. Precedentes 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no RHC 147.158/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 25/05/2021, DJe 01/06/2021).

Também é a posição ainda predominante do STF conforme se pode conferir no HC 102.940/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 06.04.2011, no ARE/ DF 728.688 AgR, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 07.10.2013 e AgRg no HC 216.077, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 05.08.2022.

Há, todavia, um julgamento de HC n. 110.475/SC, em que o STF, no dia 14/02/2012, Rel. o Min. Dias Toffoli, pela 1ª Turma, reconheceu a incidência do princípio da insignificância, no caso de porte de 0,6 g de maconha para uso próprio. Consta da ementa:

“O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”.

Prevalece também a total inaplicabilidade da tese da insignificância do **porte de drogas praticado por militares** visto que “o bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290 do CPM não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares” (HC 94.685/CE, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 12.04.2011). Neste sentido, ainda o HC 119.458/AM, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.04.2014.

Sujeitos do crime: pode figurar como sujeito ativo qualquer pessoa (crime comum). Trata-se de crime que admite coautoria, que reclama, todavia, comprovação acerca da unidade de desígnios entre os agentes.

A coletividade figura como vítima.

Tipo objetivo: o art. 28, *caput*, anuncia cinco verbos nucleares, punindo aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo droga.

Adquirir é sinônimo de comprar. A forma de aquisição pode se dar, ainda, por troca, doação, etc.

Guardar indica a ideia de ter a droga consigo de forma oculta, escondida, clandestina.

Ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público. Não importa o local do depósito.

Como transportar deve-se entender o deslocamento da droga, de certo local para outro.

Trazer consigo é o conhecido *porte de droga*. É essa a conduta mais comum, nessa espécie de crime, a permitir que o agente tenha imediato acesso à droga, independentemente de onde se encontre (no bolso, sob as vestes, guardada em uma mochila, etc.).

Alerta a doutrina que o tipo não pune o agente surpreendido usando droga (inalando cocaína, por exemplo), se não houver a possibilidade de encontrar psicotrópico em seu poder, pois, tratando-se de tipo penal que faz referência a substância proibida, por sua vez elencada em ato administrativo do Ministério da Saúde, é imprescindível a apreensão de determinada

quantidade para que se efetue o exame toxicológico. Se não apreendida a substância, ou se por outro motivo não se providenciar o exame pericial, é impossível comprovar a **materialidade delitiva**, pois de simples depoimentos, ou mesmo de confissões, não se pode inferir qual a natureza da substância. Vários precedentes desta tese versavam sobre a punição da posse de drogas no interior de estabelecimentos prisionais, o que, além das consequências estabelecidas na Lei 11.343/06, provoca a responsabilização por falta grave:

“A jurisprudência do STJ firmou “a orientação no sentido da imprescindibilidade do laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior de estabelecimento prisional” (HC n. 373.648/MG, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017)” (AgRg no HC 448.115/SP, j. 23/04/2019).

O fato é que o legislador não tipifica como crime a conduta referente ao uso, ainda que sejam encontrados traços dos princípios ativos farmacológicos das substâncias entorpecentes em amostras de sangue ou urina de alguém, mesmo porque, nestes casos, inexistente qualquer perigo social ou difuso à saúde pública. Por isso que o uso pretérito da droga não confugira o crime do art. 28 da Lei.

Para a tipificação, é imprescindível que o agente saiba que está agindo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo do tipo).

Voluntariedade: o crime é punido a título de dolo, aliado ao fim especial consumo pessoal. Se o agente visar entrega ao consumo de outrem, outro poderá ser o crime (art. 33 ou art. 33, § 3º. a depender das circunstâncias do caso).

Consumação: a infração se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos, protraindo-se a consumação em alguns verbos (guardar, ter em depósito e transportar). No tocante ao verbo adquirir, o crime se consuma quando o agente fecha o negócio, sendo desnecessária a tradição do entorpecente e o pagamento do preço. Basta que haja o ajuste ou combinação da venda.

Para a maioria, trata-se de crime de perigo abstrato.

Apesar de a doutrina admitir tentativa, parece de difícil configuração na prática.

Penas aplicáveis – Supondo-se que o agente, por uma das razões acima apontadas, deixou de ser beneficiado pelas medidas despenalizadoras da Lei 9.099/1995, haverá, como consequência, a deflagração de um processo criminal, circunstância de difícil ocorrência na prática, como já ressaltamos. Ao cabo desse processo, com trâmite perante os Juizados Especiais Criminais, o juiz, dentre as sanções aqui prevista, elegerá uma, aplicada pelo prazo máximo de cinco meses (§ 3º), podendo ser redobrado para 10 meses, em caso de reincidência (§ 4º). Este último tópico demonstra, claramente, a vedação quanto à possibilidade de ser preso o agente, eis que, ainda que reincidente, mesmo assim poderá ser beneficiado com uma das penas previstas na lei, só que por prazo superior, de dez meses.

As penas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, dependendo, por exemplo, da quantidade de droga apreendida, da condição de primário ou reincidente do agente e das demais circunstâncias que rodeiam o fato. De todo modo, vale a orientação contida no Enunciado 95 do Fonaje: “A abordagem individualizada multidisciplinar deve orientar a escolha da pena ou medida dentre as previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não havendo gradação no rol”.

Na *advertência*, a ser feita, exclusivamente, pelo juiz responsável pela aplicação da pena, o Magistrado esclarecerá ao agente sobre os efeitos nefastos do uso de drogas. Assim como os pais aconselham os filhos, caberá ao juiz fazê-lo em relação ao agente, em conduta de eficácia absolutamente duvidosa. Confessamos que, na prática, jamais nos deparamos com essa situação. Valem ainda as recomendações do Enunciado 83 do Fonaje: “Ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se

fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas” e do Enunciado 107, que dispõe: “A advertência de que trata o art. 28, I da Lei n.º 11.343/06, uma vez aceita em transação penal pode ser ministrada a mais de um autor do fato ao mesmo tempo, por profissional habilitado, em ato designado para data posterior à audiência preliminar”.

Já a *prestação de serviços à comunidade* vem disciplinada no § 5º da lei. A lei não traz grande inovação quando comparada à *prestação de serviços à comunidade* prevista no art. 46 do Código Penal, seguindo, praticamente, o mesmo modelo. A diferença consiste no fato de que essa prestação de serviços deve ser realizada, preferencialmente, “em entidades “que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”.

Na *medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo*, deverá o juiz indicar a periodicidade (datas e horário), às quais se submeterá o agente. Na eventualidade do juiz da condenação haver omitido a periodicidade de frequência a tal curso, cumprirá ao juiz da execução fazê-lo, na dicção do § 3º, do art. 86 da Lei de Execuções Penais: *in verbis*: “Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos”.

Como orienta o Enunciado 85 do Fonaje: “Aceita a transação penal, o autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deve ser advertido expressamente para os efeitos previstos no parágrafo 6º do referido dispositivo legal”.

Art. 28 e o efeito da reincidência – Embora não tenha havido descriminalização desta conduta, no ano de 2018, as duas Turmas do STJ afastaram a reincidência em virtude da condenação anterior por porte de drogas para consumo pessoal. Em síntese, considerou-se que, não obstante a infração mantenha seu caráter criminoso, é desproporcional, diante da inexistência de sanção privativa de liberdade, sopesar a condenação para os efeitos da reincidência.

De acordo com a decisão proferida no HC 453.437/SP – concedido de ofício por unanimidade –, não se justifica que a condenação por porte de drogas para consumo pessoal – ao qual não se comina sanção privativa de liberdade – agrave a pena pela reincidência porque sequer a condenação anterior por contravenção penal – à qual normalmente se comina prisão simples – tem esse efeito:

“Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o artigo 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade”.

Possibilita-se com isso que condenados por tráfico de drogas já punidos pelo porte para uso próprio sejam beneficiados pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que pressupõe primariedade e bons antecedentes: “No caso, verifico que a redutora não foi aplicada apenas em razão da reincidência e, tendo em vista o afastamento dessa agravante, a benesse deve ser reconhecida e aplicada na fração máxima de dois terços, sobretudo em razão da não expressiva quantidade de droga apreendida (7,2 gramas de crack)”.

Competência do Jecrim – O crime de porte de entorpecente para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, é de menor potencial ofensivo, o que determina a competência do juizado especial estadual. Neste sentido decidiu o STJ:

“1. O crime de uso de entorpecente para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, é de menor potencial ofensivo, o que determina a competência do Juizado Especial estadual, já que ele não está previsto em tratado internacional e o art. 70 da Lei n. 11.343/2006 não o inclui dentre os que devem ser julgados pela Justiça Federal.