

- Não há falar em extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*, se a *novatio legis in melius* não descriminalizou a posse de substância entorpecente para uso próprio, mas apenas previu penas descaracterizadoras, menos rigorosas, como advertência, prestação de serviços à comunidade ou determinação de participação em cursos e palestras.

Negaram provimento ao agravo.

**AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0481.11.004149-0/001 - Comarca de Patrocínio - Agravante: Lúcio Flavio Gonçalves - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2011. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de Agravo em Execução interposto por Lúcio Flávio Gonçalves, contra a decisão de f. 18/20, na qual o preclaro julgador *a quo* indeferiu o pedido de extinção da punibilidade em relação ao crime tipificado no art.16 da Lei 6.368/76, pela ocorrência da *abolitio criminis* (f. 18/20).

Inconformada, agravou a defesa às f. 02/16, pugnano pela reforma da referida decisão, requerendo, em síntese, a extinção da punibilidade em relação ao crime previsto no art.16 da Lei 6.368/76, aduzindo que, com o advento da Lei 11.343/06, houve a descriminalização do crime de posse ou porte de substância entorpecente para uso próprio.

Juntou os documentos de f. 17/27.

Contrarrazões apresentadas, o Órgão Ministerial pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso manejado (f. 28/37).

Em juízo de retratação, a decisão objurgada foi mantida pelo Magistrado primevo (f. 38).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, que lhe seja negado provimento (f. 43/47).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

**Tóxico - Uso de entorpecentes - Art. 16 da Lei 6.368/1976 - Atual art. 28 da Lei 11.343/2006 - *Abolitio criminis* - Não ocorrência - Extinção da punibilidade - Não cabimento**

Ementa: Agravo em execução. Art. 16 da Lei 6.368/76. Atual art. 28 da Lei 11.343/06. *Abolitio criminis*. Inocorrência.

Afere-se dos autos que o agravante foi condenado como incurso no art. 16 da Lei 6.368/76, à pena de 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo. Com o advento da Lei 11.343/06, aduziu a aguerrida defesa que devia ser extinta a punibilidade do agravante, por entender que ocorreu a *abolitio criminis* com a redação dada ao art. 28 da nova Lei de Tóxicos, deixando de ser crime a conduta de usar e ou portar droga para consumo próprio.

Seguindo o entendimento esposado pelo preclaro julgador *a quo* na decisão hostilizada, no meu entender, a Lei 11.343/06 não descriminalizou a conduta de usar ou portar droga para uso próprio, tendo apenas alterado o preceito secundário do referido delito, agora tipificado no art. 28 da Lei de Tóxicos, prevendo para o mesmo penas diversas da prisão, isto é, penas descaracterizadoras, menos rigorosas, como advertência, prestação de serviços à comunidade ou determinação de participação em cursos e palestras.

Confira-se a redação do art. 28 da Lei 11.343/06:

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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Como se vê, segundo a Lei 11.343/2006, não é mais possível a aplicação de pena privativa de liberdade ao condenado por uso ou porte de drogas para consumo próprio, não obstante a conduta continuar sendo tipificada como crime.

Desse modo, tal como lançado pelo douto Juiz *a quo* em sua decisão, não tendo havido a descriminalização da conduta perpetrada pelo agravante, deve ser aferido, no momento oportuno, qual a pena a ser

aplicada ao agravante ante a alteração contida no art. 28 da Lei 11.343/06, isto é, qual das medidas contidas no supracitado artigo deverá ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade que lhe foi irrogada, o que se faz em observância ao princípio da retroatividade da norma penal mais benigna.

Isso posto, mediante tais considerações, nego provimento ao agravo, para que subsista incólume a decisão ora vergastada.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e CÁSSIO SALOMÉ.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.