

Autos nº [REDACTED] (5ª Vara Federal/SP)

RELATÓRIO O Ministério Público Federal, em 22/08/2014, ofereceu denúncia, em face de [REDACTED], brasileiro, casado, administrador, nascido em 4.9.1985, filho de [REDACTED], inscrito no CPF nº [REDACTED] e RG nº [REDACTED], SSP-SP, residente na [REDACTED].

Afirma que o acusado teria cometido o crime descrito no art. 334 do Código Penal (CP), ao importar mercadoria proibida (12 sementes de maconha). Tais bens só poderiam ser importados mediante autorização especial, conforme art. 2º da Portaria SVS/MS nº 344 (lista E), que relaciona as sementes de maconha (*Cannabis sativa* L) dentre aquelas proibidas de importação.

A materialidade estaria comprovada pela apreensão de envelope postal endereçado da Antuérpia - Bélgica, para o nome e a residência do acusado, conforme documento de fls. 05. O laudo pericial de fls. 15/20 corroboraria a materialidade, ao atestar que as substâncias dentro do envelope seriam sementes da maconha.

A autoria também estaria comprovada, seja pelo envelope destinado ao acusado, como pelo seu depoimento perante a autoridade policial (fls. 82), em que reconheceu ter importado as sementes.

FUNDAMENTAÇÃO 1. Preliminarmente: proposta de suspensão condicional do processo A denúncia atribuiu ao acusado a prática do crime de contrabando, cuja pena mínima era de 1 (um) ano (fatos praticados antes da lei 13.008, de 26.6.2014, que aumentou a pena mínima para 2 anos). Assim, antes de receber a denúncia, deveria ser proposta a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei 9.099/95. Uma vez realizada a audiência e aceita a suspensão, cabe ao juiz receber a denúncia, nos termos do 1º do art. 89, da Lei 9.099/95. Entendo, contudo, que eventual designação de audiência é desnecessária, pois mesmo que o acusado venha a aceitar a proposta de suspensão, a mesma ficaria sem efeito, pois a denúncia será rejeitada por atipicidade, como passo a fundamentar.

2. Tipificação - *emendatio libelli* A denúncia atribuiu ao acusado a prática do crime de contrabando, alegando que o acusado havia importado mercadoria proibida (sementes da *Cannabis sativa* L, vulgarmente conhecida como maconha). Tais sementes são frutos aquênios,

cujo significado, segundo o dicionário eletrônico Aurélio, é "um tipo de fruto minuto, seco, indeiscente, provido de uma só semente, a qual se acha inteiramente livre no interior do pericarpo fino, e que é característico da família das compostas (dália, margarida, etc.), embora apareça irregularmente em muitas outras". O laudo elaborado com base na apreensão dos frutos (fls. 19) destacou que, segundo a "Organização das Nações Unidas, os frutos aquênios da planta Cannabis sativa Linneu não apresentam a substância tetrahidrocannabinol (THC). Porém, a planta Cannabis sativa L., que pode se originar dos frutos questionados, está relacionada na lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (Lista E) constante da Portaria SVS/MS nº 344m de 12 de maio de 1998 (...)". Analisando a conclusão do laudo, percebe-se que as sementes importadas não possuem o princípio ativo THC que as qualificariam como droga, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei 11.343/06: 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. Ora, como as sementes não estão incluídas na lista de drogas da Anvisa, a denúncia capitulou corretamente (ao menos em tese) o suposto crime como contrabando, já que, de fato, há proibição para importação de cultivares (sementes), nos termos do art. 34 da Lei 10.711/03, regulamentado pelo Decreto nº 5.153/2004 (pois referidas sementes não estão registradas). Tal análise não pode ser simplista, como passo a demonstrar. O tipo penal descreve o conjunto de elementos do fato punível (injusto) previstos na lei penal, e possui como objetivos limitar e individualizar a conduta humana. Pela descrição dos objetivos do tipo penal, e adotando-se a teoria finalista da ação, percebe-se que o tipo é uma realidade complexa, composta de um tipo objetivo (materializado na descrição da lei, ou seja, limitação e individualização); e de um tipo subjetivo (representado pela vontade em praticar o fato, com dolo ou culpa, ou seja, conduta). A tipicidade, por sua vez, é a adequação de um fato praticado pelo sujeito, à previsão normativa em abstrato. Para tipificar uma conduta, é preciso analisar a presença do dolo ou da culpa, que se situam na tipicidade, logo, na própria existência do crime. Assim, pode-se afirmar que a conduta humana é voltada para uma finalidade. Este objetivo pode estar previsto em uma descrição normativa, ou seja, em um tipo penal, o que pode implicar na existência de um fato típico. Caso a vontade (dolo ou culpa) esteja voltada para uma finalidade descrita na lei penal, este é o tipo a ser atribuído à conduta. Com base em tais premissas, passo a analisar o dolo supostamente atribuído ao acusado. A denúncia, dentre outras afirmações, aponta a existência de autoria, com base nas declarações do denunciado. Em suas declarações (fls. 82), o acusado assumiu ter comprado as sementes, e afirmou que era usuário de maconha à época. Pela análise do depoimento, percebe-se que a intenção do acusado era plantar as sementes, para obter o seu

produto. Neste caso, deve-se perquirir a finalidade do plantio, se para consumo próprio, ou para tráfico. Quaisquer dos casos, deve-se aplicar a emendatio libelli, com base no art. 383 do CPP, já que haverá mudança da qualificação atribuída aos fatos. Embora referido dispositivo refira-se à sentença, a não aplicação da emendatio libelli implicará em uma persecução penal mais gravosa à parte acusada, já que, havendo a desclassificação para o art. 28, 1º da Lei 11.343/06, haverá modificação do rito, inclusive pela ausência de pena privativa de liberdade para o último caso. Neste sentido:

**RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/67, E ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. EVENTUAL POSSIBILIDADE.(...)**5. *Embora seja entendimento jurisprudencial consolidado nesta Corte o de que não é dado ao juiz perfazer a correção na capitulação dos crimes descritos na denúncia por ocasião do juízo de prelibação da acusação, devendo deixar tal acerto para a fase da prolação da sentença, não se trata de regra absoluta. Com efeito, tem-se pronunciado este Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "Não há vedação a que se altere a capitulação logo no recebimento da exordial, nos casos em que é flagrante que a conduta descrita não se amolda ao tipo penal indicado na denúncia. Tal possibilidade, acentua-se ainda mais quando o tipo indicado e aquele aparentemente cometido possuem gravidades completamente diversas, com reflexos jurídicos imediatos na defesa no acusado. Nessas hipóteses, é patente o abuso na acusação" (Apn 290/PR, Corte Especial, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 26/09/2005).*6. *Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 824789/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ªT. j. 29.6.2007, DJ 06/08/2007)*

A desclassificação para o art. 28 da Lei antidrogas pressupõe uma prévia análise dos dispositivos legais eventualmente aplicados ao caso, descritos na Lei 11.343/06:Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. 1º Nas mesmas penas incorre quem:I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;II - semeia,

cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Como se observa, há três figuras equiparadas ao tipo legal, para fins de punição, quando os núcleos do tipo do caput não versarem sobre substância entorpecente, todos, evidentemente, voltados à rigorosa repressão ao tráfico.

Por outro lado, há previsão expressa na lei de entorpecentes para a situação daquele que possui a droga para consumo próprio (usuário):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. 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.

.Pois bem, no caso dos autos, as sementes não chegaram ao importador destinatário, impossibilitando, assim, a semeadura ou cultivo, conduta prevista no tipo do tráfico. A quantidade das sementes e o tipo da droga relacionada, bem como a oitiva do acusado na fase policial permitem com clareza antever a realização de ato preparatório para a execução da atividade prevista no artigo 28, 1º, mas jamais do tipo de tráfico, impondo reação estatal compatível com as providências previstas no artigo supramencionado, não com a repressão destinada ao traficante internacional. De qualquer sorte, trata-se de ato preparatório, e nas condições em que aconteceu, impunível pela atipicidade, vez que não ocorreu semeadura ou qualquer tipo de cultivo, inexistindo, portanto, lesividade. Poderia haver a classificação para o delito de contrabando, desde que o dolo fosse apenas importar a mercadoria proibida, o que não restou demonstrado. Neste sentido:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO. SEMENTES DE MACONHA. MATÉRIA-PRIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.** 1. No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas, é necessário distinguir "preparação de drogas" da "produção de drogas". 2. A semente de maconha presta-se à produção da maconha, mas não à preparação dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahydrocannabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas. 3. O verbo preparar tem o sentido de "aprontar (algo) para que possa ser utilizado"; "cuidar para que (algo) aconteça como planejado"; "compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes"; "criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)", entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo produzir significa "fazer nascer de si"; "fabricar"; "causar"; "provocar", etc. (ibidem). 4. Comparando esses verbos, verifica-se que: a) a semente de maconha não pode ser "composta" com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de "aprontar" a semente de maconha, "cuidar" dela ou "criar um estado de coisas propício" a que ela germine importam a que a semente seja "semeada" ou "cultivada". Só assim, ela "produzirá" a maconha, ao dela "fazer nascer" a planta que dará origem à droga. 5. A semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha, a que se refere o inciso I, do 1º do art. 33, da Lei n. 11.343/06. 6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as sementes da planta *Cannabis sativa* Linneu. 7. A semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à produção da maconha. Não há, porém, qualquer referência à produção de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a "preparação" à "produção" em face do princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal. Caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à "produção" e não apenas à "preparação" de drogas, no inciso em questão. 8. Já à luz do inciso II do 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a conseqüente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas. 9. A semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada "maconha". A importação e posse da semente de maconha, até que, ao menos, se inicie a execução dessas condutas, não poderá ser considerada fato típico caracterizador do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/06, nos termos do art. 14, II, do CP.

10. Só quando o agente inicia a sementeira ou o cultivo da planta de maconha, utilizando-se da semente dessa planta que importou, parece configurar-se, em tese, o crime equiparado ao tráfico previsto no 1º, II, do art. 33 da Lei n. 11.343/06. 11. Importante ressaltar a distinção que a lei faz em relação à matéria-prima que sirva para a preparação de drogas e às plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do 1º do art. 33, fala-se em "matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas", enquanto, no inciso II, "plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas". 12. Razoável interpretar a primeira referência a "matéria-prima", contida no inciso I, como a que cuida da hipótese em que a matéria-prima não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da substância entorpecente conhecida como "maconha". 13. Assim, não se prepara a "maconha" tendo por base a semente dela, mas sim a partir da planta que dela se originou. 14. Registre-se que muitos órgãos do Ministério Público Federal, ou seja, os próprios procuradores da República que oficiam perante as varas federais criminais de São Paulo, têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito. 15. Ainda que equiparasse a preparação de drogas à sua produção, a quantidade da semente apreendida, ou seja, 28 (vinte e oito), denota que a intenção do agente era plantio para consumo pessoal e não para o tráfico. Tal conduta, teoricamente subsumível no art. 28, 1º, da Lei n. 11.343/06, na forma tentada (CP, art. 14, II), apresenta-se impunível, já que o preceito secundário, isto é, as penas do art. 28 da Lei n. 11.343/06, na prática, não comportam combinação com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal. 16. Cumpre registrar que a importação de semente de maconha poderá subsumir-se no crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, caput, do Código Penal), já que não se permite a importação de semente de maconha sem prévia autorização do órgão competente, de modo que não houve, nem haverá, liberação geral de tal conduta como fato penalmente atípico, a ponto de incentivar pessoas desavisadas a acharem que a importação de semente de maconha não é crime, portanto, livre. Muito pelo contrário. A importação de semente de maconha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é, sim, crime, ressalvando-se que não se trata de crime de tráfico de drogas, mas sim de contrabando. 17. Eventual punição do agente pelo contrabando deverá levar em conta duas ordens de considerações. A primeira diz respeito à quantidade da semente de maconha importada ilegalmente, e a segunda, às condições pessoais do infrator. 18. Quanto à quantidade da

*semente, há que se indagar do cabimento ou não do princípio da insignificância ou da bagatela. Tal princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima que informa o Direito Penal contemporâneo (o qual deriva, por sua vez, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), segundo o qual só se justifica a intervenção desse ramo do direito como último instrumento de controle social ("ultima ratio"), devendo o Estado, sempre que há instrumentos menos gravosos para assegurar a paz social, prioritariamente recorrer a eles, evitando-se o emprego da pena criminal, que atinge mais intensamente a liberdade individual, que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Daí falar-se em caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que o Direito Penal deve atuar tão-somente em face de fatos que causem grave lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos por ele tutelados. 19. Nesse diapasão, se ínfima a quantidade de semente importada, aplicável, ao menos em tese, o princípio da insignificância, ficando a critério do prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto, pois o fato, embora formalmente típico, pode não sê-lo sob o ponto de vista da tipicidade material. 20. Quanto às condições pessoais do infrator, é necessário verificar se ele já importou as sementes de maconha, qual a finalidade por ele visada por essa conduta, qual o seu meio de vida, se a intenção dele é a de semeá-las e plantá-las, com vistas à colheita da planta para consumo pessoal ou para o tráfico, se há indício de habitualidade etc., pois, dependendo da resposta a essas indagações, a solução variará, deixando ser aplicável o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade da semente ilegalmente importada. 21. Na situação dos autos, a conduta narrada na inicial acusatória não se subsume ao tipo descrito no artigo 33, parágrafo 1, inciso I, da Lei n 11.343/2006, haja vista que a semente importada pelo paciente não constitui matéria-prima destinada à preparação de drogas. 22. Agravo regimental prejudicado. Ordem concedida para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente. (TRF3, HC 00255900320134030000, 1ªT. Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, j. 12.11.13, e-DJF3 26.11.13).*

Além disso, não se pode enquadrar a conduta como tentativa de uso, já que, para caracterizar tal enquadramento legal, o acusado deveria ter tentado semear os frutos, o que não ocorreu, sendo a conduta interrompida bem antes desse fato. Tampouco se pode afirmar que as sementes germinariam e que haveria o crescimento da planta, com a posterior extração do material entorpecente.

Além disso, embora o bem jurídico protegido pela Lei antidrogas seja a saúde pública, entendo que o usuário que produz a própria droga deixa de financiar o tráfico, contribuindo para a diminuição da criminalidade decorrente das mazelas que o mercado ilegal propicia (armas,

corrupção de menores, etc.), logo, a despeito de uma possível tipicidade formal, não há tipicidade material, já que inexistiu lesividade em sua conduta.

DISPOSITIVO **Portanto, com base no art. 383 do CPP, aplico a emendatio libelli desclassificando o delito descrito na denúncia para aquele previsto no art. 28, 1º da Lei 11.343/06 e, diante da ausência de justa causa para a propositura da ação penal, REJEITO A DENÚNCIA em face de XXXXXXXXX, com base no art. 395, III, do CPP, devido à inexistência de crime (atipicidade material).Após o trânsito em julgado oficie-se ao SINIC e IIRGD.** Cópia desta sentença servirá de ofício para as comunicações necessárias.Comuniquem-se.Publique-se, Registre-se e Intimem-se.Manifeste-se o Ministério Público Federal sobre a mercadoria apreendida.