



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

POSSE DE DROGAS. ART. 28 DA LEI 11.343/06. ARQUIVAMENTO DE TERMO CIRCUNSTANCIADO DETERMINADO DE OFÍCIO PELO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE. Sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, conforme dispõe o art. 129, I, da Constituição Federal, compete a ele perquirir acerca de eventual arquivamento ante a atipicidade do fato, que só então será homologado, ou não, pelo Poder Judiciário. Ademais, é típica a conduta de quem porta droga para uso próprio, independentemente da quantidade, por configurar ofensa ao bem jurídico tutelado. Afastada a alegação de inconstitucionalidade do delito, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público. RECURSO PROVIDO.

RECURSO CRIME

TURMA RECURSAL CRIMINAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTERIO PUBLICO

RECORRENTE

DARLEI GOMES DOS SANTOS CHARAO

RECORRIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores

DR. EDSON JORGE CECHET (PRESIDENTE E REVISOR) E DR. LUIZ ANTÔNIO ALVES

CAPRA.

Porto Alegre, 13 de março de 2020.

DR. LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN,

RELATOR.

RELATÓRIO

O Ministério Público interpõe recurso de apelação contra decisão que determinou o arquivamento do termo circunstanciado instaurado contra Darlei Gomes dos Santos Charão pela prática, em tese, do delito de posse de entorpecentes em razão da atipicidade da conduta.

O recorrente sustenta a impossibilidade do arquivamento de ofício, bem como a tipicidade penal da conduta e a constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo. Requer a reforma da decisão e o prosseguimento do feito.

O Ministério Público, nesta instância recursal, opinou pelo provimento do recurso.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

VOTOS

DR. LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN (RELATOR)

Conheço do recurso, pois cabível, adequado e tempestivo. Além disso, não há fato impeditivo - renúncia ou preclusão - ou extintivo - desistência ou deserção -, sendo formalmente regular. Presentes, também, os requisitos subjetivos de admissibilidade, quais sejam, a legitimidade e o interesse recursal.

Da análise dos autos, infere-se que o Termo Circunstanciado que instrui o presente feito foi instaurado com o fito de apurar, em tese, o delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06, uma vez que com o réu foram localizadas porções de maconha, pesando aproximadamente 45,6g no total, consoante o boletim de ocorrência da fl. 02v.

Ocorre que o Magistrado *a quo*, por ocasião do exame do pedido de designação de audiência preliminar, entendendo pela atipicidade da conduta e pela incompatibilidade do seu aspecto material (normativo) com os princípios da intervenção mínima e da dignidade da pessoa humana, determinou, de ofício, o arquivamento do expediente criminal.

O recurso ministerial merece provimento, e por dois motivos.

Primeiro, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, conforme dispõe o art. 129, I, da Constituição Federal, compete a ele perquirir acerca de eventual arquivamento por atipicidade do fato, que só então será homologado, ou não, pelo Poder Judiciário.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Logo, a decisão que arquivou de ofício o termo circunstanciado invadiu a esfera de atribuições do *Parquet*, motivo pelo qual deve ser cassada, com o consequente prosseguimento do feito.

Outro não é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que compete ao Ministério Público, na condição de dominus litis, promover a ação penal pública, avaliando se as provas obtidas na fase pré-processual são suficientes para sua propositura, por ser ele o detentor do 'jus persequendi'. Portanto, não cabe ao magistrado assumir o papel constitucionalmente assegurado ao órgão de acusação e, de ofício, determinar o arquivamento do inquérito policial (AgRg no REsp 1284335/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Quinta Turma, julgado em 1o/4/2014, DJe 14/4/2014). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1578376/SP, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª T, julgado em (05/12/2016).

Por outro lado, vem esta Turma Recursal sustentando que a posse de drogas para uso próprio configura a conduta ilícita prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06, independentemente da quantidade apreendida, por afetar o bem jurídico tutelado, que é a saúde pública, não configurando hipótese de autolesão. Pelo mesmo fundamento, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância aos delitos da espécie,



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

uma vez que esta não reside na quantidade da substância apreendida, mas na sua potencialidade lesiva, com todas as consequências pessoais e de fomento da macrocriminalidade que a conduta enceta.

Trago à baila, por pertinente, a discussão que se travou no HC 104.410, julgado pelo STF, no qual o Ministro Relator, Gilmar Mendes, realizando digressão quanto aos níveis de intensidade do controle de leis penais, faz referência ao caso *Cannabis* (BVerfGE 90,145), julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, em que a Corte confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*, onde justamente o que se discutia era a existência de autolesão ou de lesão coletiva que justificasse a criminalização do uso da droga.

Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)].

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

“inviolável”, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seq.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal - dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo - poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)).



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 (402); 83, 1 (19). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE 54, 100 (108)].

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)].



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

*No caso, o Bundesverfassungsgericht, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de cannabis poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da cannabis e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, **“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”**.
(grifei)*

A jurisprudência desta Turma Recursal também já estabeleceu o mesmo posicionamento:

APELAÇÃO-CRIME. POSSE DE DROGAS. ART. 28 DA LEI 11.343/06. CONDUTA TÍPICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

MANTIDA. 1. A Lei n. 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio, vindo apenas a cominar novas modalidades de sanção para o tipo penal previsto em seu artigo 28, inexistindo impedimento legal a que penas restritivas de direito sejam a única sanção cominada ao tipo penal. Conduta, por sinal, lesiva, por extrapolar a esfera da discricionariedade do indivíduo em causar dano próprio para atingir o coletivo. 2. Princípio da insignificância afastado. A insignificância não está na quantidade da substância apreendida, mas na qualidade desta e na circunstância de perigo decorrente do fato. 3. [...]. RECURSO IMPROVIDO. PENA READEQUADA E REDUZIDA, EX OFFICIO. (Recurso Crime Nº 71005317243, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 11/05/2015)

Da mesma forma, a infração tipificada no artigo 28 da Lei de Drogas, sendo de menor potencial ofensivo, comporta a aplicação de penas mais brandas do que a privação de liberdade, sem que isso signifique a descriminalização da conduta. A Lei 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de porte de drogas para uso próprio, vindo apenas a cominar novas modalidades de sanção para o tipo penal em comento, inexistindo impedimento legal a que penas restritivas de direito sejam a única sanção cominada.

No mais, a prova da materialidade e os indícios mínimos de autoria apurados na fase policial mostram-se suficientes para lastrear a pretensão acusatória, ensejando o prosseguimento do feito.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Desse modo, voto pelo provimento do recurso ministerial para cassar a decisão que arquivou, de ofício, o termo circunstanciado e determinar o prosseguimento do feito.

DR. EDSON JORGE CECHET (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a)

Relator(a).

DR. LUIZ ANTÔNIO ALVES CAPRA

Acompanho o eminente Relator, consignando, contudo, o meu posicionamento acerca da matéria:

Ab initio, registro que, em hipóteses excepcionais, como, *v.g.*, a atipicidade da conduta, o Juiz pode arquivar termo circunstanciado *ex officio*.

Esta Turma Recursal já assim entendeu:

CORREIÇÃO PARCIAL. ARQUIVAMENTO DE TERMO CIRCUNSTANCIADO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

PORTE DE ARMA BRANCA. ARTIGO 19 DA LCP. ATIPICIDADE. **Em hipóteses excepcionais, quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, é perfeitamente possível, por equivaler a concessão de habeas corpus de ofício, a determinação de arquivamento do termo circunstanciado por parte do Magistrado. Tal não importa em violação ao comando do art. 129 I da Constituição Federal e, tampouco, em usurpação da atribuição do Ministério Público para a propositura da ação penal.** Não há lei regulamentando o porte de arma branca e, portanto, não há a possibilidade de obtenção da licença para portá-la, razão pela qual é inaplicável o dispositivo legal em questão, em consideração aos Princípios da Legalidade (artigo 5º, II da CF) e da Anterioridade da Lei Penal (art. 5º, XXXIX, da CF). Não se trata, na hipótese, de norma penal em branco, por ausente outra norma que a complemente. CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA, POR MAIORIA. (Correição Parcial Nº 71003194719, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 04/07/2011)" (grifei).

1. RESSALVA DE POSIÇÃO:

O entendimento majoritário desta Turma Recursal é no sentido da tipicidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Ressalvo, no ponto a minha posição minoritária.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

O delito tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06, como é do conhecimento dos eminentes colegas, está sendo objeto de exame perante o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 635.659 centrando-se a discussão, como apontado pelo eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, em eventual violação às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, e que pode ser resumida pelo seguinte parágrafo:

"No caso agora em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado."

Consigno que, embora não haja embaraço ao enfrentamento da questão sob tal prisma, não é esse o enfoque que proponho, não obstante a possibilidade de que se verifiquem pontos de contato.

1.1 DA NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Na lição de Juarez Freitas¹ *"Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro; qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito"*.

¹ A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros, 2ª ed., p. 53.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Assim, nenhuma interpretação pode se verificar de forma descolada dos objetivos fundamentais, princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF), que não se constituem em normas desprovidas de vinculatividade.

Válido, a propósito, o que defende Juarez Freitas², no sentido de que:

“Em outras palavras, não se deve aceitar que os objetivos fundamentais, os princípios e os fundamentos do Estado Democrático de Direito sejam confundidos com simples disposições isoladas e destituídas de qualquer vinculatividade para a hermenêutica jurídica. Decididamente, então, é de pugnar, nos limites do sistema e sem jamais atentar contra ele, pela completa superação da teoria e, principalmente da práxis, que vê as normas programáticas como sem significado jurídico, esposando-se uma visão material do dever normativo-concretizador, não apenas dos órgãos legiferantes, mas também dos órgãos aplicadores do Direito, que jamais deveriam abdicar desta função ou deste telos de dar vida ao Estado Democrático.”

Não apenas isso, a interpretação constitucional, como aponta com propriedade Salo de Carvalho³, deve atender a um *processo de constitucionalização das leis*:

“É que a consolidação do modelo impositivista dogmático no direito (penal) induz à ignorância da força normativa

² A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros, 2ª ed., p. 139.

³ A Política Criminal de Drogas no Brasil, Saraiva, 7ª Ed., 2014, p. 177.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

da Constituição e à resignação com a aplicação mecânica das leis inferiores. Como consequência, obtém-se a manutenção da racionalidade legalista que provoca a dessubstancialização do direito, isto é, ao centrar sua análise na lei ordinária (fetichismo legalista), os aplicadores do direito mantêm eficazes normas isentas de conteúdo constitucional (inválidas materialmente). Desta forma, é comum perceber a 'penalização' da Constituição pela recusa do jurista ao processo de constitucionalização das leis.

A patologia que envolve o saber jurídico-penal é demonstrada com precisão por Luís Roberto Barroso: '(...) as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando automática e acriticamente a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.'

Dessa forma, é possível afirmar a necessidade de novo processo secularizador no direito penal, não mais voltado à separação entre direito e moral e/ou direito e natureza (processo ainda inconcluso), mas, fundamentalmente, no sentido de conferir primazia aos valores e princípios, objetivando efetivar o conteúdo constitucional das normas."

Não é, portanto, a Constituição que deve ser lida a partir da legislação infraconstitucional, mas sim esta a partir daquela, pois, do contrário,



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

estariamos consagrando exacerbado positivismo, tornando válida a advertência trazida por Juarez Freitas⁴:

“A propósito, RADBRUCH foi convincente ao demonstrar que o positivismo, com sua fórmula “lei é lei”, deixou a jurisprudência e a judicatura alemãs inermes contra todas as crueldades nazistas, plasmadas pelos governantes da hora, em consonância com a forma legal.

Em outras palavras, é inadequado sustentar que se possa, numa correta postura hermenêutica, pensar a base do Direito Positivo, por meios puramente formais, sem, de algum modo, ter de recorrer a critérios axiológicos. Por iguais e relevantes motivos, resulta plenamente inaceitável o princípio jurídico positivista de que a ordem jurídica forma uma unidade fechada, em função de cujo princípio, à feição de autômato, estaria ao juiz vedado o poder criador jurisprudencial, num pressuposto de que o poder judicial, candidamente teria função apenas reprodutiva, como se tal fosse possível, quando se sabe que a lógica jurídica é, queiramos ou não, necessariamente dialética. Não fosse assim, em equivocada perspectiva, o juiz evadir-se-ia de decisões éticas e como que ‘isentar-se-ia’ da culpa pela aplicação antijurídica da lei sabidamente iníqua.”

1.2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE:

⁴ A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta, Vozes,



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

O objeto jurídico da tutela penal em relação ao art. 28 da Lei nº 11.343/06 é a saúde pública.

Assim o definem em sede doutrinária Nucci⁵, Marcão⁶ e Delmanto⁷.

Tal entendimento, aliás, encontra curso perante esta Turma Recursal:

"APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE E OFENSA AO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE. A norma penal em causa tutela interesse coletivo que se sobrepõe ao direito individual de liberdade, assegurado constitucionalmente. A posse de substância entorpecente representa perigo para a saúde pública, o que autoriza o apenamento da conduta do agente sem que resultem feridos os seus direitos constitucionais. (...) (Recurso Crime Nº 71005389556, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 28/09/2015)"

*"APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/2006. TIPICIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. (...) **Impossível desconsiderar, na hipótese, que o seu cometimento configura dano à saúde pública, bem jurídico tutelado, não se abrindo espaço, portanto, para a aplicação do Princípio da Insignificância. Alegação de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato que não se alberga. Estes, é cediço, não tutelam a vida,***

⁵ Nucci, Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, RT, 5ª Ed., 2010, p. 28.

⁶ Marcão, Renato, Tóxicos, Saraiva, 8ª Ed., 2011, p. 85.

⁷ Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto, Leis Penais Especiais Comentadas, Saraiva, 2ª Ed., 2014, p. 943.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

a integridade física ou o patrimônio, mas tão somente a incolumidade pública, o que decorre de opção do legislador. Inexistência de inconstitucionalidade em relação ao art. 28 da Lei nº 11.343/06, na medida em que o ato de portar drogas traduz risco à incolumidade pública, ultrapassando, portanto a esfera individual. (...) (Recurso Crime Nº 71005420831, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 28/09/2015)”

“APELAÇÃO CRIME. POSSE DE DROGAS. ART. 28 DA LEI 11.343/06. CONDUTA TÍPICA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA 1. (...) Há justa causa para o manejo da ação penal, desacolhendo-se o argumento de autolesão que, em realidade, tem fundo constitucional, pelo entendimento de que a criminalização das condutas descritas no dispositivo em exame buscam resguardar a saúde pública, sem afronta à garantia da liberdade individual. (...) (Recurso Crime Nº 71005465737, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 14/09/2015)”

Em se tratando de bem jurídico afigura-se oportuna a advertência de Maria Luiza Schäfer Streck⁸ no sentido de que:

“Nunca é demais lembrar que a função do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos – que nada mais são do que valores e interesses de relevância constitucional ligados explícita ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais – e que a intervenção do poder punitivo se

⁸ Direito Penal e Constituição. A FACE OCULTA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, Livraria do Advogado, 2009, p. 40.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

realizará para evitar comportamentos que neguem ou que violem tais valores.”.

Bitencourt⁹, por seu turno, defende que:

“A exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional daqueles bens essenciais para a coexistência livre e pacífica em sociedade. O que significa, em última instância, que a noção de bem jurídico-penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal Liberal, oferece , portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, ‘será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum’. O bem jurídico deve ser utilizado, nesse sentido, como princípio interpretativo do Direito Penal num Estado Democrático de Direito e, em consequência, como o ponto de partida da estrutura do delito.”.

É nessa seara que têm aplicação o princípio da lesividade ou da ofensividade, que em síntese corresponde ao afastamento da tipicidade quando, embora atendida a descrição típica, o fato não traduz ofensa ao bem jurídico tutelado.

Oportuna a definição de Francesco Palazzo¹⁰:

“A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato,

⁹ Bitencourt , Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Saraiva, 21ª Ed., 2015, p. 46.

¹⁰ Cit. por Affonso Celso Favaretto, Princípios Constitucionais Penais, RT, 2012, p. 169.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente, é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma."

Assim, como pontua Mariano Silvestroni¹¹ *"A mera presunção de que certas condutas podem afetar a terceiros não basta para legitimar a ingerência punitiva se essa afetação não se produz realmente no caso concreto"*.

Chiavelli Facienda Falavigno¹² salienta que:

"Em que pese o crime contenha outros elementos necessários à sua caracterização, há que se pressupor a existência de verdadeira lesão à bem jurídico não pertencente ao autor da ação para que esteja caracterizado o delito. Ou seja, a conduta unicamente interna ou individual, ainda que imoral, não possui a lesividade para legitimar a intervenção penal. (...) Leciona Nilo Batista que o princípio da lesividade teria, portanto, quatro funções. A primeira função seria proibir a criminalização de uma atitude interna, que não passasse do campo das idéias, sentimentos e desejos do indivíduo, ou seja, o projeto mental do cometimento do crime, a cogitação. A segunda função seria a de proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, ou seja, o conluio inicial entre os autores ou mesmo a autolesão, como o suicídio. A terceira função seria a de proibir a incriminação de estados ou condições existenciais, centrando-se a punição não na ação, mas no autor e suas características individuais, o que redundaria em um julgamento moral,

¹¹ Cit. por Rogério Grecco, Direito Penal do Equilíbrio, Impetus, 8ª Ed., 2015, p. 93.

¹² INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA PRO REO EM DIREITO PENAL, Nuria Fabris, 2015, ps. 81/82



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

desprovido de refutabilidade processual como última e quarta função, estaria a proibição da incriminação de condutas desviadas que não afetem a qualquer bem jurídico, ainda que fortemente reprovadas pela coletividade, uma vez que novamente se está no âmbito do julgamento moral, e não jurídico.” (grifei).

Em relação a tal questão esta Turma Recursal vem considerando que a pequena quantidade da droga, que não chega a ofender o bem jurídico, afasta “o caráter penal do fato em relação ao portador ou usuário”, conduzindo à atipicidade da conduta. Tal está limitado, contudo, a posse de maconha em patamar inferior a 0,5 gramas:

“APELAÇÃO-CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. MACONHA. In incidência da norma penal quando se trata de resquício de droga, cuja potência não existe, afastando o caráter penal do fato em relação ao portador ou ao usuário. Quantidade apreendida que não chega a ofender o bem jurídico tutelado, sem que isso altere a posição da Turma no tocante ao princípio da insignificância. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. (Recurso Crime Nº 71005511597, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 28/09/2015)

Bem ou mal, embora em caráter extremamente limitado, o que se têm reconhecido é a ausência de lesividade da conduta, ou seja, que ela, em hipótese tais, não traduz risco ao bem jurídico tutelado.

Acima desse limiar, em se tratando de maconha, ou qualquer que seja a quantidade em relação às demais drogas, a premissa de que tenho partido até então e



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

que igualmente vem sendo adotado por esta Turma Recursal, é a de que a conduta traduz lesividade ao bem jurídico tutelado, ou seja, à saúde pública.

Estou, contudo, revendo a minha posição em relação à tal questão, por equivocada a premissa de que a saúde pública traduz um bem coletivo, quando tal construção é artificial e, na prática, não se sustenta, pois, como aponta Rubens Roberto Rebello Casara¹³:

*“Essa fraude de que a saúde pública é um bem coletivo, já foi bem denunciada e desconstruída por teóricos sérios. No Brasil Maria Lúcia Karan, Luís Greco, Juarez Tavares, dentre outros. Na Alemanha, Hassamer Roxin e Schünemann explicaram à exaustão o equívoco dessa posição. A ‘saúde pública, explicam esses autores, é a soma das saúdes individuais. Assim, não passa de um bem aparentemente coletivo. A distorção está em tratar como coletivo o que, na verdade, constitui vários bens jurídicos individuais. (...) O ‘Direito Penal das drogas’ no Brasil viola também o **princípio da lesividade**. Princípio que pode ser traduzido no axioma *nullum crimen sine injuria* – ‘ não há crime sem lesão’. Frise-se que o ‘princípio da lesividade’ transporta para o ambiente o penal a questão do outro (Nilo Batista), a questão da alteridade. Assim, esse princípio fundamental à democratização do sistema penal enuncia que só pode ser castigado o comportamento que lesione concretamente direitos de outras pessoas.”.*

¹³ Convenções da ONU e Leis Internas sobre Drogas Ilícitas: Violações à Razão e às Normas Fundamentais, http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista63/revista63_27.pdf



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Salo de Carvalho¹⁴, a respeito de tal matéria sustenta que:

“O discurso de periculosidade presumida do ato (expansividade) e do escopo da Lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista. Todavia este discurso de fundamentação, apesar de despregado da realidade, é altamente funcional e cotidianamente (re)produzido na dogmática jurídica. Neste ponto, importante lembrar os argumentos de Maria Lúcia Karan no sentido que ‘(...) é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-se a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...) Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e à ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal’.

¹⁴ A Política Criminal de Drogas no Brasil, Saraiva, 7ª Ed., 2014, os 369 a 371.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Como defendido anteriormente, a identificação de bens jurídicos sob a chancela do interesse público (v.g. saúde pública) estabelece espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela. No caso das drogas, sob a justificativa da tutela da saúde, inúmeros danos à saúde e à autonomia e à liberdade de pessoas de carne e osso (Ferrajoli) são cometidos. Esquecero sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal."

E tal linha de raciocínio foi seguida, também, no julgamento do RE nº 635.659, pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

*"O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. **Portanto, não havendo lesão a bem jurídico***



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima.”

Aponta com propriedade Maria Lúcia Karan¹⁵ que:

“A desvinculação de regras criminalizadoras da afetação de direitos individuais concretos dilui o indivíduo em uma abstrata coletividade, despersonalizando-o e conduzindo-o ao anônimo papel de instrumento a serviço de fins que, divorciados da referência individualizada, sacrificam a liberdade e alimentam totalitarismos de todos os matizes. A visão de que abstratos interesses de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde essa inspiração totalitária. A sociedade há de ser concretizada. A sociedade não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos. Os ditos interesses da sociedade só se legitimam quando referidos a bens individualizáveis”.

E, mesmo para aqueles que visualizam a “saúde pública” como bem jurídico a ser tutelado pelo tipo penal contemplado no art. 28 da Lei de Drogas, não há como considerar que um ato individualmente considerado possa, efetivamente, macular a saúde pública e, tampouco, abstratamente, representar perigo para esta. É difícil imaginar, na realidade, como isso ocorreria, pois ao contrário dos crimes contra a saúde pública previstos no Código Penal, onde há a possibilidade de atingir uma coletividade, como ocorre, por ex., na epidemia (art. 267) e no envenenamento de água potável (art. 270), dentre outros, não se vislumbra, em relação ao porte de drogas e condutas

¹⁵ Legalização das Drogas, Estúdio Editores.com, 1ª ed., 2015, p. 21.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

assemelhadas descritas no tipo penal, mais do que mera suposição de risco à saúde pública, uma hipótese desprovida de qualquer comprovação, de dados técnicos que a sustentem.

Supondo-se, portanto, que o bem jurídico tutelado restou atingido, passa-se à condenação do réu, mas os efeitos de tal ato na vida do condenado são concretos, não uma mera suposição.

Cabe acrescentar, em se tratando de maconha, que enquanto esta Turma Recursal afirma como incapaz de causar lesividade a quantidade inferior a 0,5, que o eminente Ministro propõe, em seu voto, é que esse patamar seja de até 25g, ou seja, cinquenta vezes mais do que estamos adotando, consideradas, é claro, as coordenadas do caso concreto, tendo ementado o seu voto nos seguintes termos:

“Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 16 recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. 7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

1.3 DISCURSO LEGITIMADOR:

Esconde-se, por detrás da proteção de um suposto bem jurídico coletivo – a saúde pública – um discurso de punição do usuário que muitas vezes sequer possui qualquer contato com o bem jurídico supostamente protegido.

Nessa seara ingressam questões de natureza econômica e de prevenção ao tráfico, que por uma ótica simplista é colocado na conta do usuário, como se fosse ele e não o mais absoluto fracasso da política de combate às drogas que faz recrudescer o tráfico de entorpecentes e os crimes a ele ligados.

Então, a saúde pública, esse bem jurídico coletivo, passa a encontrar justificativa em questões de natureza econômica, bem como na hipotética responsabilidade do usuário pelo tráfico e pelos demais delitos correlatos, em uma visão por demais alargada e totalmente divorciada do bem jurídico que se pretende supostamente proteger.

Cabe destacar, no ponto, que tais argumentos legitimadores justificariam, então, igualmente a criminalização em relação ao consumo do álcool e do tabaco, drogas lícitas que também acarretam gastos públicos com o tratamento dos dependentes, e geram efeitos, no caso do álcool, em relação à segurança pública.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

De acordo com o CISA¹⁶:

“O uso nocivo do álcool é um dos fatores de risco de maior impacto para a morbidade, mortalidade e incapacidades em todo o mundo, e parece estar relacionado a 3,3 milhões de mortes a cada ano. Desta forma, quase 6% de todas as mortes em todo o mundo são atribuídas total ou parcialmente ao álcool. (...)No Brasil, o álcool esteve associado a 63% e 60% dos índices de cirrose hepática e a 18% e 5% dos acidentes de trânsito entre homens e mulheres em 2012. Especificamente em relação aos transtornos relacionados ao uso do álcool, estima-se que 5,6% (mulheres: 3%; homens: 8%) dos brasileiros preenchem critérios para abuso ou dependência. As consequências do uso de álcool também oneram a sociedade, de forma direta e indireta, potencializando os custos em hospitais e outros dispositivos do sistema de saúde, sistema judiciário, previdenciário, perda de produtividade do trabalho, absenteísmo, desemprego, entre outros. Ainda, em todo o mundo, nota-se que as faixas etárias mais jovens (20-49 anos) são as principais afetadas em relação a mortes associadas ao uso do álcool, traduzindo como uma maior perda de pessoas economicamente ativas”.

No que diz com o tabaco a própria OMS aponta para a existência de uma epidemia¹⁷

¹⁶ Centro de Informação Sobre Saúde e Álcool, <http://www.cisa.org.br/artigo/4429/relatorio-global-sobre-alcool-saude-2014.php>, consulta em 18.11.2015.

¹⁷ Site G1, <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/07/doencas-ligadas-ao-tabaco-matam-1-pessoa-cada-6-segundos-diz-oms.html>, consultado em 18.11.2015.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

Relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgado nesta terça-feira (7) aponta que que uma pessoa morre de doenças relacionadas ao tabaco a cada seis segundos, o equivalente a cerca de 6 milhões de pessoas por ano.

No documento "A Epidemia Mundial de Tabaco 2015", a agência da ONU para a saúde afirma ainda que esse número deve aumentar para mais de 8 milhões de pessoas por ano até 2030 se não forem tomadas medidas fortes para controlar o que a OMS chama de "epidemia do tabaco".

Não se sustenta, portanto, o argumento legitimador.

Pouco importa, nesse contexto, a conceituação do crime como de perigo abstrato, ou de perigo abstrato-concreto, pois o resultado será exatamente o mesmo pela mais absoluta impossibilidade de o acusado demonstrar, caso adotada esta última conceituação, que sua conduta não acarretou risco à saúde pública, notadamente quando nem mesmo o Estado, com todo o seu aparato, consegue demonstrar o contrário.

Ainda, a respeito dos inúmeros argumentos contrários que se colhem em sede doutrinária e jurisprudencial, cabe a reprodução parcial do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

"VIII. ENFRENTANDO OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

I. Não houve guerra as drogas no Brasil O argumento, com a vênia devida, não corresponde aos fatos. Basta constatar que:



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

1. Existem quase 150 mil presos por delitos relacionados a drogas. 13

2. Bilhões em recursos foram gastos com atividade policial e custos do sistema penitenciário.

3. O Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, com a autoridade de quem conduz um conjunto de políticas bem sucedidas, declarou:

"Acabar com as drogas é impossível. Parece que os brasileiros não acordam para o desperdício dessa guerra. Não existem vitoriosos. Descriminalizando o uso, um dos efeitos é o alívio na polícia e no Poder Judiciário, que podem se dedicar aos homicídios, aos crimes verdadeiros".

O fato de que a Guerra às Drogas foi travada com as vicissitudes e deficiências do padrão Brasil não muda este quadro.

II. A descriminalização produziria aumento de consumo

1. É possível, sim, que em um momento inicial a descriminalização aumente a quantidade de usuários, em especial dos usuários experimentais.

2. Porém, passado o momento inicial, as estatísticas não confirmam o aumento do consumo. Portanto, o importante aqui não é uma foto momentânea, mas um filme que dura alguns anos.

3. Em Portugal, como visto, houve até redução de consumo pelos jovens.

A transgressão é um atrativo para a juventude.

III. A descriminalização aumentaria a criminalidade associada ao consumo de drogas

1. As grandes causas da criminalidade envolvem combinações variadas entre desigualdade, impunidade e uma cultura de ganho fácil.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

2. Maconha não tem efeito anti-social relevante.

3. Por essa lógica, faria muito mais sentido criminalizar o álcool.

Naturalmente, ninguém cogita disso. Nos EUA a Emenda 18 produziu a lei seca, banindo a fabricação e distribuição de bebidas alcoólicas entre 1920 e 1933. As consequências foram tão nefastas quanto as que a criminalização das drogas nos traz hoje.

IV. A descriminalização trará impacto para a saúde pública

1. A experiência empírica diz o oposto: com a descriminalização, usuários e dependentes passam a poder se tratar.

V. A descriminalização aumentaria os riscos do trânsito com pessoas dirigindo intoxicadas

1. Este argumento foi enfatizado pelo eminente Deputado Federal do Rio Grande do Sul Osmar Terra. Cabe lembrar aqui que dirigir sob a influência de substância psicoativa é crime autônomo (Código de Trânsito, art. 302, § 2º). Não é preciso criminalizar o consumo de maconha para este fim.

VI. Há grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição

1. A inconsistência de fato existe. Mas eventual legalização depende de atuação do Congresso. E não há soluções fáceis.

2. Porém, prestar atenção no que se passa no Uruguai e nos estados americanos que legalizaram pode ser uma boa forma de ver como os resultados que a legalização produzirá. Uma última observação: pesquisa do psicólogo Giovanni Caetano Jaskulski conclui que o álcool e o cigarro



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

– não a maconha – funcionam como porta de entrada para drogas mais pesadas.

VII. Criação de um “exército de formiguinhas”

1. Este foi o ponto suscitado pelo Procurador-Geral da República: o temor de que uma vez fixado um certo quantitativo, os traficantes passariam a distribuir em pequenas porções, formando um “exército de formiguinhas”.

2. É uma possibilidade. Só que de certa forma, já é assim. Os “aviões”, que são os jovens que fazem a distribuição, são presos. Em poucas horas são repostos.

3. Há, na verdade, um exército de reserva. Com a seguinte consequência: as prisões ficam entupidas e o tráfico não diminui em nada.”

Não tenho a ilusão, de outro modo, de que as penas ou medidas educativas, seja como se prefira chamá-las, possuam caráter dissuasório ou tenham condições de recuperar o usuário.

Em relação a tal questão Maria Lúcia Karan¹⁸ refere que:

“A imposição a consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas de penas explícitas ou disfarçadas em ‘tratamentos’ médicos, revelando a concepção que os estigmatiza, na alternativa assinalada por Alessandro Baratta de que ‘se é enfermo, não é livre; se é livre, é mau’, sempre estará a revelar uma desautorizada intervenção do Estado em suas vidas privadas. Ninguém pode ser obrigado a se submeter a nenhum tratamento médico para abster-se de um hábito

¹⁸ Legalização das Drogas, Estúdio Editores.com, 1ª ed., 2015, p. 47.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

que só faz mal a si próprio. Ninguém pode ser obrigado a supostamente se 'curar'."

Merolli¹⁹, ao tratar acerca da ineficácia do caráter dissuasório da pena, pontua que *"a mera incriminação de uma conduta não impede a prática criminosa, mesmo porque, como é sabido por todos os especialistas na área, não é o Direito Penal um instrumento idôneo e hábil para realizar o aclamado 'combate da delinquência'."*

Ora, não me parece que uma advertência, a frequência a programa ou curso educativo, ou a prestação de serviços à comunidade, possa se prestar para o atendimento aos fins da Lei 11.343/06, quais sejam *"atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas"*, tal como estabelece o artigo 1º da referida Lei, possa surtir o efeito desejado.

Essa questão, na realidade, é bem mais complexa e envolveria, desde que o usuário ou dependente aceitasse submeter-se ao tratamento ou auxílio proposto, a atuação de profissionais da área de saúde.

Por fim, embora se afigure prematura a discussão, porque ainda não decidida a questão perante o STF, não se pode olvidar que a simples tendência de aplicação das medidas ora previstas como pena na esfera cível ou administrativa já se constitui em um indicativo de que estamos diante de condutas que não justificariam, a prevalecer tal entendimento, como decorrência da fragmentariedade, a intervenção do Direito Penal, pois remanesceria como mero reforço de conduta de controle social

¹⁹ Merolli, Guilher, Fundamentos Críticos do Direito Penal, Atlas, 2013, p. 127.



LAL

Nº 71009203068 (Nº CNJ: 0002489-19.2020.8.21.9000)

2020/Crime

disciplinada no âmbito administrativo, sem qualquer violação ao bem jurídico penalmente protegido.

Daí porque, por inexistente lesão ao bem jurídico tutelado no fato imputado ao réu, uma vez que não importou em lesão concreta a direitos de terceiros e, tampouco, a "saúde pública", tenho por atípica a conduta.

DR. EDSON JORGE CECHET - Presidente - Recurso Crime nº 71009203068, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO."

Juízo de Origem: JECRIM DO FORO REGIONAL DO SARANDI PORTO ALEGRE - Comarca de Porto Alegre