



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Consulta de 1º Grau

Número do Processo: 2.19.0082118-2

Comarca: Porto Alegre

Órgão Julgador: Juizado Especial Criminal do Foro Regional do Sarandi

Julgador: Juiz Léo Pietrowski

Data: 1º de outubro de 2019

DESPACHO

Vistos.

A questão da descriminalização da posse de drogas para uso não se constitui de solução simples e sempre foi motivo de debates, não tendo me convencido até o presente momento, embora os ponderáveis argumentos de lado a lado, relativos aos direitos individuais, alteralidade, aplicação de princípios constitucionais e por razões de segurança jurídica, como também pública.

Refletindo sobre os brilhantes argumentos deduzidos no denso voto vencido do eminente Dr. Luiz Antônio Alves

Capra, como também debruçado no voto vencedor do ilustre Dr. Luis Gustavo Zanella Piccinin, a minha posição inicial de preservação da tipicidade do art. 28, Lei n. 11.343/06 foi estremecida no sentido de manter a criminalização da posse de drogas. Realmente a criminalização, sob todos os aspectos, parece não ser a melhor alternativa no momento atual, mesmo que não se imponha ao consumidor penas corporais. Aliás, talvez este seja o ponto crucial do debate. A criminalização por si só constitui o aspecto mais cruel do denominado sistema de repressão ao uso de drogas ilícitas. O mero ingresso no sistema repressivo-policia-judiciário submete o consumidor às investidas policiais, acompanhada das consequências por demais conhecidas (às vezes, com efeitos que marcam o cidadão para o resto da vida); afasta os dependentes da rede de atendimento de saúde, pois a estigmatização da marginalidade, que decorre da passagem no sistema punitivo penal, faz com que, não raras vezes, perca o apoio de familiares e amigos, os quais o classificam como fraco de caráter e marginal; torna indistinto os casos que são de doença mental e de drogadição; e, por aí vai.

Então, não se trata somente de avaliar se a lei atual contempla proporcionalidade entre ação e resposta estatal, tendo por mira o fato de não prever a sanção corporal. Trata-se de firmar a posição se um comportamento, sem desbordar da personalidade, pode ser considerado criminoso pelo Estado ou não. Contudo, o meu convencimento, de que realmente não é possível mais se manter a criminalização da posse de drogas

para uso próprio, completou-se a partir do entendimento pacificado da Turma Recursal Criminal, no sentido de considerar atípica a contravenção de jogos de azar, considerando que, tecnicamente os dois delitos apresentam a mesma estrutura e sua edição se fez sobre as mesmas justificativas ideológicas jurídicas, mesmo que por conta de proteção de bem jurídicos diversos.

Os brilhantes argumentos deduzidos pelo culto Dr. Luis Gustavo Zanella Piccinin põe à mostra tal identidade. Naquele voto o eminente Relator, com propriedade, consignou que: „Como a história ensina, o jogo de azar no Brasil foi liberado para exploração privada, em cassinos, no chamado primeiro período de Vargas, em que o então presidente Getúlio Vargas, imbuído da ideia de geração de empregos e de prosperidade, legalizou a prática, que vigorou do início da década de 1930 até o ano de 1946, quando restou proibida e criminalizada a prática do jogo, pelos motivos que constam no Decreto-Lei 9.215/46. Depois, a Medida Provisória 168/2004, com o mesmo objetivo, restou rejeitada pelo Congresso Nacional. Rápida consulta à Enciclopédia Eletrônica Wikipédia dá conta de que, na época, havia 70 cassinos em pleno funcionamento do País, gerando 40.000 empregos diretos e indiretos por conta da atividade. Foi uma época de ouro da cultura do espetáculo nacional. Carmem Miranda, por exemplo, foi o expoente dos artistas que tiveram projeção nacional e mundial por conta da sua atuação nos palcos dos cassinos da época. O da Urca, no Rio de Janeiro,

especialmente, recebeu artistas norte-americanos do quilate de Bing Crosby, Orson Welles, Josephine Baker e Tito Guisar. Os motivos que constam como justificadores da proibição do jogo, como estão no Decreto-Lei 9.215/46, soam quase que como uma Ode a uma época em que o Estado brasileiro era permeado por forte influência religiosa e irrefreável dirigismo estatal quanto às liberdades individuais.

São as *considerações*: - *Considerando que a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal; Considerando que a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a êsse fim; Considerando que a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro é contrária à prática e à exploração de jogos de azar; Considerando que, das exceções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes; (...).* E então, por estes motivos restou decretado que: *Art. 1º Fica restaurada em todo o território nacional a vigência do artigo 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 2 de Outubro de 1941). Art. 2º Esta Lei revoga os Decretos-leis nº 241, de 4 de Fevereiro de 1938, nº 5.089, de 15 de Dezembro de 1942 e nº 5.192, de 14 de Janeiro de 1943 e disposições em contrário. Art. 3º Ficam declaradas nulas e sem efeito tôdas as licenças, concessões ou autorizações dadas pelas autoridades federais, estaduais ou municipais, com fundamento nas leis ora revogadas, ou que, de qualquer forma, contenham autorização em contrário ao disposto no artigo 50 e seus Parágrafos da Lei das*

Contravenções penais.

O impacto que causa a justificativa, nos dias atuais, denuncia que a proibição que ainda hoje é perseguida criminalmente pelo aparelho punitivo estatal não encontra mais sustentação de validade na ordem constitucionalmente vigente. O tema instiga a leitura da lei criminalizadora sob o viés constitucional, onde de um lado figura a proteção, pelo Estado, dos direitos fundamentais e por outro a licenciosidade com a qual se permite ao Estado punir a conduta que cause ofensividade a direitos transindividuais, num mandado de criminalização expresso.

De saída, se vê que a liberdade individual é a pedra de toque do sistema constitucional vigente, erigida a direito fundamental intocável, a ponto de o artigo 5º, XLI, da CF/88 ser expresso em, ao contrário dos fundamentos do Decreto-Lei 9.215/46, recomendar programaticamente punição a qualquer ato atentatório dos direitos e liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais de liberdade tem, assim, um duplo viés: de proteção estatal pela proibição de intervenção do próprio Estado ou de terceiro, no sentido de violá-lo (proibição de proteção insuficiente); e de salvaguarda de tal direito aos seus titulares (proibição de excesso estatal). Então que toda a autorização constitucional, expressa ou implícita, dada ao legislador para criminalização de condutas assenta-se na ideia da proporcionalidade (ou proibição de excesso), de sorte que esteja justificada minimamente, para

então entrar em cena o discricionarismo legislativo, a real e efetiva existência de um valor transindividual protegido constitucionalmente e que fundamente a criminalização da conduta.

A análise, assim, se dá na ideia da apreciação da adequação e necessidade da providência adotada. Prosseguindo, o controle da constitucionalidade, neste aspecto, se dá em três graus de intensidade: a) controle da evidência; b) controle de justificabilidade e c) controle material de intensidade. No controle de evidência se realiza um juízo de valor acerca da evidência da inidoneidade do meio legal para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental. No controle de justificabilidade se busca aferir se a lei está em conformidade com a apreciação objetiva de todas as fontes de conhecimento então disponíveis. No âmbito penal há de se justificar a norma pela concepção de uma política criminal efetivamente fundada em parâmetros científicos que a justifiquem. No controle material de intensidade está a verificação da ponderação entre a afetação ou restrição de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, liberdade individual v.g. e a justificativa de intervenção justa do direito penal. Na contraposição de valores, verifica-se se a medida legislativa de intervenção e limitação de um determinado direito fundamental é necessária e obrigatória para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes.

Sob pretexto idêntico se assentou a criminalização do uso de

drogas denominadas ilícitas, talvez até com justificativas mais vagas, de forma a dar corpo ao pensamento de que a medida se fazia necessária. Aliás, a criminalização do uso da maconha, que acabou impondo toda a política de combate às drogas no mundo, capitaneado pelos Estados Unidos da América, esconde por trás motivos menos nobres, daqueles que poderia se imaginar em providência de tamanha magnitude. Origina-se da chamada Lei Seca, projeto fracassado de criminalização ao uso do álcool que vigorou de 1920 a 1933, como consabido, e deixou marcas funestas àquela nação, como a máfia, criminalidade organizada, corrupção generalizada nas estâncias encarregadas do controle e repressão ao álcool. Efeitos que, guardadas as proporções e o momento histórico, repetem-se atualmente dentro do processo de Guerra às Drogas. Depois de encerrado o período de repressão, os organismos encarregados deste combate foram gradualmente desativados ou deslocados para outras esferas administrativas. Como se poderia esperar, a perda de poder e influência de tais funcionários, associado ao risco iminente de eventual demissão, trouxe a necessidade de estabelecer novo foco de atuação, que pudesse substituir em importância àquela tarefa. O jornalista Denis Russo Burgiermann retrata, com precisão, o momento histórico citado: GRANDE PARTE DOS MALES causados por nossa atual política de drogas é consequência do enriquecimento dos traficantes. Portanto, qualquer estratégia para diminuir esses danos terríveis precisa encontrar formas de ;desrentabilizar; as drogas ilegais, ou seja, de arrancar

dinheiro do bolso dos traficantes. Há um jeito simples de fazer isso: tirar deles a droga ilícita mais usada do mundo, a maconha. O tal vampiro das drogas na verdade é mais um frankenstein: uma mistura de vários membros diferentes costurados um no outro para formar um monstro assustador. Quem criou o monstro foi, em grande medida, o administrador de empresas Harry Anslinger, que trabalhava em Washington nos anos 1920, no escritório encarregado de aplicar a proibição do álcool. Com o fim da proibição, em 1933, a burocracia governamental responsável por combater as bebidas correu o risco de perder seus empregos. Anslinger, que não era bobo, escapou transferindo-se para outra agência governamental, o FBN, o escritório federal de narcóticos. Ele tornou-se o comissário do FBN, mas a mídia preferia chamá-lo de "czar antidrogas dos Estados Unidos". O FBN tinha muito menos pessoal e orçamento que a agência que lidava com álcool, o que é natural, já que álcool era um problema imensamente maior que "narcóticos". Na época, só quem sofria com drogas nos Estados Unidos eram donas de casa que haviam ficado dependentes de remédios à base de opiáceos e veteranos que voltaram da Primeira Guerra Mundial dependentes de morfina. O problema era sério, claro, mas pequeno. O número de usuários dessas drogas era pequeno, o que não ajudava Anslinger a justificar os altos orçamentos com os quais tinha se acostumado nos tempos da proibição do álcool. Para deixar seu frankenstein realmente assustador, Anslinger resolveu costurar no corpo do monstro outra substância, bem mais popular: a maconha. O

frankenstein era um monstro grande e malvado; o tamanho provinha da maconha, e a malvadeza, da morfina. Não importava que a maconha nem sequer fosse um narcótico (droga que entorpece) ou que não houvesse nenhuma evidência de que ela causasse dependência física. Anslinger começou sua campanha da maneira certa: com a ajuda da imprensa. Ele levou o frankenstein para as redações dos jornais e passou a descolar reportagens sobre o novo mal que estava invadindo os Estados Unidos, a maconha: uma droga mortal, bem pior que a heroína, que transformava homens em monstros, fazia meninas se matarem à primeira tragada ou, Deus nos livre, se entregarem aos caprichos de homens de cor. Os jornais acharam que publicar aquelas reportagens era algo bom a fazer, porque assim as crianças ficariam com medo e não chegariam perto do monstro ; durante todo o século XX, a mídia teve essa atitude.

Rapidamente os donos de jornal perceberam que o tema vendia como cerveja gelada em bloco de carnaval. Como já foi dito, é da natureza humana usar substâncias que afetam a mente, assim como ter tabus relacionados a elas. Tabus mexem com as pessoas ; somos morbidamente fascinados por esses temas. À medida que as reportagens geravam furor, os jornais subiam o tom, o que gerava mais furor. O pânico foi se instalando. Ler essas reportagens dos anos 1930 é bastante divertido hoje em dia. Os textos se utilizam dos mesmos truques literários dramáticos empregados por autores de livros de terror da época. Um deles começa assim: ;O corpo

espalhado de uma jovem menina repousava esmagado na calçada, na manhã seguinte de seu mergulho do quinto andar de um prédio de apartamentos em Chicago. Todos disseram que foi suicídio, mas na verdade foi assassinato. O criminoso é um narcótico usado na forma de cigarros, relativamente novo nos Estados Unidos e tão perigoso quanto uma cascavel em posição de ataque.²⁶ O nome do assassino era *„marijuana“*, palavra até então pouco usual entre os mexicanos, mas que soava exótica, bem adequada a uma cascavel. Note que o texto tenta passar a impressão de que o usuário de canábis é apenas um ser passivo, vítima de uma substância maligna, sem nenhuma responsabilidade por seus atos.

Com essas reportagens nas mãos, Anslinger pegou seu pires e foi ao Congresso Nacional pedir orçamento. Sua estratégia: convencer os distintos políticos de que a maconha era uma ameaça completamente nova e muito mais séria que o ópio e a heroína, cujos males eram conhecidos. Portanto, ele precisaria de muito mais recursos. Se você ler as atas das audiências realizadas na época para discutir a possibilidade de proibir a maconha, vai perceber que quase todas as provas apresentadas eram recortes de jornal com reportagens de ficção, como a transcrita anteriormente. Entre as *„evidências“* exibidas, havia a foto de uma cabeça macerada a pancadas, de uma suposta vítima de um viciado em maconha. Apenas um médico foi chamado a participar das audiências, o presidente da Associação Nacional de Medicina, William Woodward,

que se opôs veementemente à proibição e acusou aquela comissão de ser uma farsa, baseada em boatos sem comprovação. Ele foi voto vencido, e a maconha passou a ser proibida em 1937, quatro anos depois do fim da proibição do álcool.

O frankenstein ganhou vida e a burocracia governamental criada para proibir o álcool salvou seus empregos. Anslinger tinha talento para se eternizar no poder e foi czar antidrogas dos Estados Unidos por incríveis 32 anos, até John Kennedy se cansar dele, em 1962. Além de moldar a política de drogas americana, ele foi o principal representante americano em convenções internacionais sobre o tema. Por décadas, ele defendeu uma proibição global rígida e violenta. Depois da Segunda Guerra Mundial, o poder americano foi às alturas por seu papel heroico na vitória sobre Hitler. Nesse clima, Anslinger finalmente conseguiu o que queria. Em 1961, a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas foi assinada e o mundo inteiro se comprometeu a combater o tráfico, nos termos de Anslinger (O fim da Guerra, A Maconha e A Criação de Um Novo Sistema Para Lidar Com as Drogas, Editoras Tainã Bispo, 2011, Denis Russo Burgiermann, p. 17).

Por aí se vê como a ideia, que traz em si um consenso, combater com repressão penal a disseminação de uso de drogas, cujos malefícios são reconhecidos sem sombra de dúvidas, acabou gerando efeitos de extensão desproporcional

e ineficazes, quando o emprego dos meios para atacar o problema se mostra inadequado, muito além do necessário, e originado em motivos descolados do combate. Na verdade, se for ao fundo da questão as razões da criminalização ainda residem na marginalização do uso do álcool. Portanto, também associados aos bons costumes (O Movimento de Temperança, de fortes raízes religiosas foi quem deflagrou, propôs e fiscalizou, como força da sociedade civil americana, as medidas de criminalização do álcool).

A imprecisão científica-jurídica que vem norteando a questão, desde então, talvez em razão da ausência de reflexão mais atenta do problema, decorrente justamente deste vício de origem, onde a única opção considerada foi de criminalizar, não de dar tratamento administrativo ao tema, demonstra a incapacidade de os autores especializados na matéria, identificarem, precisamente, a ação do usuário de drogas, na posse da substância, e a ofensa ou perigo dela ao bem jurídico tutelado (saúde pública).

Percebe-se a vagueza dos argumentos, bem como algumas alegações que remetem aos bons costumes. Vicente Grecco Filho, talvez o autor mais citado nesta seara, estabelece como alvo da repressão o vício em drogas, atribuindo como causa questões tais como: desvio de caráter; desvio de personalidade de natureza delinquencial; tentativa de autotratamento por pessoas portadoras de problemas psíquicos; necessidade de aceitação em certos círculos do

submundo; permanente ou reversível lesão metabólica provocada por repetidas e altas doses de drogas; rebelião contra valores sociais; simples hábito adquirido socialmente, ainda que sem distúrbio psicopatológico prévio; pressões sócio-culturais que levem ao uso, de, por exemplo, o álcool, ainda que não exista distúrbio psíquico latente. (Tóxicos, Prevenção e Repressão, Editora Saraiva, 5ª Edição, 1987, p. 21). Já Aluizio Bezerra Filho, cita o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, ao conceituar a Saúde Pública e tentar fazer o elo com o uso de entorpecentes. Diz ele: „Assim é que, no dizer do Ministro do STJ, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, a proteção à saúde pública é o interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade, uma dupla objetividade jurídica. Desta maneira, a norma protege também outros bens jurídicos, como a vida, a saúde pessoal e a família. Porquanto, a vida dos membros do corpo social brasileiro é algo mais importante que saúde de seus integrantes„. E mais adiante ele prossegue: „Destaque-se, infelizmente, que essas substâncias entorpecentes são causadoras de quadros dolorosos nas famílias brasileiras, infligindo-lhe a perda de seus jovens e adolescentes, a clientela predileta mais atingida pelo marketing dos mercadores do desconsolo e da angústia humana„ (Lei de Tóxicos, Anotada e Interpretada Pelos Tribunais, Editora Juruá, 1999, p. 33).

Os fundamentos elencadas não se ajustam ao escopo

constitucional de criminalização da conduta de posse para uso próprio, consideradas as justificativas constantes no brilhante voto, volto a frisar, do Dr. Gustavo Zanella Piccinin. Carecem de efetiva sustentação, pois elas, sem exceção, trazem à tona condições psíquicas, físicas e sociais que pertencem à esfera de individualidade do agente. Desvio de caráter, desvio de personalidade, rebelião contra valores sociais, vida dos membros do corpo social brasileiro ser mais importante que a saúde de seus integrantes, soam ociosos e desprovidos de sustentação jurídica, a ponto de justificar seleção do comportamento de posse para uso próprio como crime. Ostentam nítida intenção intervencionista e contraditória, como se o álcool (droga lícita) não provocasse as mesmas consequências, tal qual bem destacado pelo Dr. Luiz Antônio Alves Capra: «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

<http://cisa.org.br/artigo/4010/-que-alcoolismo.php>, 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. Nem mesmo se pode argumentar, sem perda de conexão entre o decidido na questão de tipificação do jogo do azar e da criminalização do uso de drogas, que a soma das ofensas da saúde individuais dos usuários representariam a ofensa à saúde pública, fim colimado na norma penal para a tutela. Além de elevado cunho assistencial (fator completamente alheio ao Direito Punitivo Estatal), o fundamento é constitucionalmente nulo em sua essência.

Ora, se eu reconheço que determinado comportamento individual, onde apenas e exclusivamente, tem por consequência prejuízo ao autor, como isso vai proteger bem jurídico coletivo? Não há de ser por meio de especulação, portanto, com caráter empírico, ser razoável acolher tal tese. Por outro lado, se dotado de importância constitucional, a ponto de estender a proteção penal ao bem jurídico, não poderia haver seleção entre os entorpecentes. Na lista, obrigatoriamente, deveriam constar álcool e tabaco. Na questão dos jogos do azar isto foi extensivamente abordado.

O uso de substâncias entorpecentes também constitui opção do agente. Ele pode ou não usar, sendo os casos de dependência perfeitamente atendidos em rede de saúde pública, a exemplo do que ocorre no vício de apostas (reconhecido como doença pela Organização Mundial da Saúde), dispensando-se o processo de criminalização. Então as justificativas de ordem moral jurídica, bons costumes, ou mesmo de transindividualidade referente ao uso de drogas, encaixam-se naquelas empregadas pelo culto relator para afastar a tipicidade do delito de contravenções do jogo de azar. Mesmo o enfoque de tratamento diverso em países ditos civilizados à questão dos jogos de azar, não modifica o quadro de enfrentamento para a hipótese do uso de drogas e consequente criminalização. Cita-se como exemplo o estado de Nevada nos Estados Unidos, Uruguai e Portugal, onde houve a descriminalização (sustentando idêntico argumento). Ao mesmo tempo, importante chamar a atenção que nos estados de Utah e Havaí os jogos de azar permanecem a criminalizados (contrariando o argumento). Quer dizer, o grau de avanço cultural ou econômico de determinado povo, não significa, necessariamente, que esta ou àquela conduta pode ser examinada como passível de criminalização ou não. Sustenta também o eminente relator que a justificativa para a manutenção da tipificação penal dos jogos de azar, centrada no combate à corrupção, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, não tem amparo fático. Isto porque, não houve melhoria no quadro geral de incidência destes delitos, durante todo o período de criminalização. Com a legalização, os

ganhos provenientes da atividade serão lícitos, o que tornaria sem sentido a preocupação acerca dos efeitos indicados, como razão para a manutenção da criminalização. Completa que inexistente relação causa-efeito entre o jogo de azar e a ofensa ao bem jurídico tutelado. No Brasil o jogo é controlado pelo Estado e se joga muito, carecendo de razões para que este monopólio seja da administração pública e não concorrente com a privada.

Oportuno, neste quadrante, salientar que ninguém discute as consequências do tráfico de entorpecentes, do qual se irradiam diversos crimes, assolando de maneira assustadora a sociedade brasileira. Todos os crimes acima elencados, mais roubo de veículos e homicídios, são apontados como vinculados ao comércio ilegal de entorpecentes. Talvez aí residiria a justificativa constitucional, a partir do aspecto da evidência, a sustentar a necessidade de manutenção do caráter criminoso da posse de drogas para uso próprio. Contudo, com a máxima vênia dos que pensam o contrário, não há como ver desta maneira.

Voltando ao momento inicial da discussão, o delito aludido é de autolesão, certamente, cuja tutela é a saúde pública. Sua formação não tem efeito extensivo ao tráfico de entorpecentes. Não representa tipo integrativo (a exemplo como do concurso de agentes, art. 29, Código Penal). Tampouco autoriza classificá-lo como conspiração (figura desconhecida no sistema penal brasileiro).

Logo, firmar o aspecto da evidência nestas razões é distorcer a estrutura formal do delito em questão, pois estar-se-ia modificando a tutela em direção a bens jurídicos diversos, como a administração pública, vida, patrimônio etc. Idem ibidem, fossem tais motivos a causa da criminalização, o art. 28, da Lei Antidrogas, teria outro escopo e elementares.

Ademais, a legalização do jogo de azar, com o respeito que é merecedor o relator, não acaba com os crimes acessórios ou concorrentes daquela prática. Permite de maneira muito fácil a lavagem de dinheiro. Sendo legal o jogo de azar, mantido por particulares, é fácil concluir, que as somas advindas de corrupção, tráfico de entorpecentes e outros delitos econômicos poderão ser branqueadas em cassinos e casas de apostas, afigurando-se quase impossível o controle.

Dentro deste panorama, dizer que a criminalização se mantém porque fomenta o crime de tráfico de entorpecentes, é modificar em essência o bem jurídico tutelado. Retira-se a saúde pública e coloca-se em seu lugar conduta que atenta à regularidade das relações econômicas e finanças pública, bens jurídicos, obviamente, não contemplados pelo legislador. Fosse essa a vontade, ao tipificar a conduta de uso de drogas, o legislador teria construído o tipo de maneira diversa, na direção da receptação, por exemplo.

Ademais, se estas são as justificativas para a manutenção, elas

refogem ao autorizativo constitucional em termos de justificabilidade. Há evidente descompasso entre os aspectos constitucionais autorizativos da norma penal e os fundamentos para que ela seja mantida como crime, perante esta mesma Constituição. A exemplo do caso de jogos de azar, são reprovados os quesitos constitucionais que garantem a tipicidade do art. 28, Lei Antidrogas. Não há evidência que o comportamento atente ao bem jurídico que se pretende tutelar. Ao contrário, todos os argumentos tangenciam esta questão, não se mostrando capazes de indicar precisamente qual o dano ou perigo de dano causado à saúde pública pelo ato típico.

Tampouco se pode dizer acerca do controle de justificabilidade, pois acaba sendo consequência do primeiro. Como não se vislumbra o atentado ao bem jurídico, mostra-se impossível buscar conhecimentos científicos, a justificar a norma para os efeitos de política criminal. Aliás, neste aspecto, pode-se afirmar, seguramente, que a questão da criminalização dos uso de drogas se sustenta em percepções pessoais do legislador e com toda a carga ideológica, cultural, social e econômica.

Depois de todos os debates envolvendo o tema, qualquer parâmetro científico, racional e lógico, onde a solução apontada é a criminalização, rebate-se, dotados de mesma força e intensidade, com argumentos contrários, de que basta apenas considerar o fato como, no máximo, infração

administrativa. Citando o mais evidente, é a indistinção dos malefícios entre as drogas lícitas e ilícitas, isto sim com unanimidade entre cientista e estudiosos do assunto.

Entretanto, quando promoveu a seleção entre as substâncias entorpecentes e optou por deixar de fora álcool e tabaco, o legislador afastou de si a racionalidade que lhe daria condições de justificar a criminalização da conduta. De igual sorte é o exame do controle material de intensidade.

Exaustivamente analisado o tema, percebe-se a falta de correspondência entre a conduta tipificada e ofensa ao bem jurídico tutelado (saúde pública). Por mais esforço que se faça, o ato descrito na norma penal não possui capacidade para atingir ou colocar sob risco o bem. Não porque não seja nocivo, mas sim pela falta de uma relação objetiva e racional de causa e efeito. Partindo deste pressuposto, a restrição de direito individual, que a intervenção estatal propõe, via tipo penal do art. 28, Lei Antidrogas, além de desnecessária e injustificada na proteção do bem jurídico eleito, restringe direitos indevidamente. Cerceia a liberdade de movimentação do agente; submete-o a coerção processual e ao aparato repressivo policial; e, dificulta seu acesso ao mercado de trabalho. Neste caso, porque, antes de ser tratado como doente recebe a pecha de marginal.

Do embate destes valores não sobressai litígio. O direito fundamental da saúde pública, que interessa a toda sociedade,

não precisa de proteção contra o comportamento considerado criminoso. Não em termos penais. O interesse da saúde pública neste campo contenta-se com providências administrativas, a exemplo do que se verifica, quando se trata de consumo de álcool e de tabaco. Aliás, no próprio voto vencedor de uma das decisões que não acolheram a tese de inconstitucionalidade do art. 28, diploma legal já citado, o eminente relator traz à colação dado interessante, o qual fortalece a concepção descriminalizante. Ao abordar políticas públicas de diminuição danos com uso abusivo de drogas, menciona justamente a campanha antifumo que tomou conta do país no final da década de 1980, lembrando que as providências não envolveram política criminal. As medidas foram de cunho administrativo-governamental.

Importante aqui transcrever o trecho do voto: „Neste viés basta que se veja, ainda que empiricamente, os dados sobre o tabagismo, como apurados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística): - no ano de 1989 o percentual da população fumante era de 34,8%, enquanto que em 2013 este percentual tinha caído para apenas um terço daquele percentual, ou seja 11,3% - (Elt;<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/08/cigarro-mata-mais-de-5-milhoes-de-pessoas-segundo-oms>>, acesso 20.10.2015);.

Desse modo, sob todos os ângulos a inconstitucionalidade do art. 28, Lei nº 11.343/06, é patente como foi declarado no

exame do delito de Jogos de Azar. A estrutura dos delitos é tecnicamente a mesma; ambos pretendendo tutelar direitos coletivos; e, dotados de claro descompasso entre a realidade fática e pretensão legislativa. A conclusão de que um merece a declaração de inconstitucionalidade e outro não, considerando o panorama exposto, reside exclusivamente na concepção ideológica do examinador, pois se baseia em conceitos estritamente subjetivos, dissociados na natureza objetiva que a análise da questão requer. Curialmente se diz de um lado que jogos de apostas rápidas (black/jack, roleta, poker, bingo e caça-níqueis), cuja marca é a possibilidade de perder ou ganhar em curto espaço de tempo, mecânica que incentiva o apostador a continuar jogando, não merecem a tutela penal, afigurando-se desnecessário qualquer ameaça penal, enquanto que a posse de drogas para uso próprio precisa de dissuasão, pois presentes diversas repercussões da soma destes comportamentos que colocam em risco à saúde pública. A diferença de tratamento advém dos conceitos previamente estabelecidos na mente do julgador.

Diante do exposto, não ocorrendo 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*, declaro atípica a conduta de posse de entorpecentes prevista no art. 28 da Lei 11.346/2006 e **DETERMINO O ARQUIVAMENTO DO FEITO.**

Comunique-se ao DENARC, através do e-mail setorial, para

que efetue a destruição da droga apreendida.

Intimem-se.

Após, archive-se.

Dil. legais.