



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

**APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS.** O réu, durante o ingresso na FASE, para visitar seu filho, foi revistado, e com ele foram encontrados 03 tijolinhos de maconha, pesando 1,65g. Ele admitiu que o entorpecente era destinado ao filho, usuário de drogas. Ainda que não destinado ao comércio, ficou comprovada a circulabilidade do entorpecente. O simples fato de trazer consigo ou guardar a substância entorpecente, visando a entrega a terceiros, *de per si*, já é conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Tratando-se de crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a saúde pública, não se aplica o princípio da insignificância nos delitos relacionados aos entorpecentes, sendo irrelevante a pequena quantidade de droga apreendida. **CONDENAÇÃO MANTIDA.** Incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e substituição por duas penas restritivas de direito. **DISPENSA DE PENA**, entretanto. Aplicação excepcional e controlada dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das peculiaridades pessoais e vicissitudes processuais (privação de liberdade cautelar por tempo razoável, primariedade, histórico de pessoa trabalhadora e responsável, quadro de vitimização familiar e assistência positiva ao filho, lealdade na defesa pessoal, proposta de solução equitativa pelo Ministério Público em segundo grau). Harmonização das exigências de segurança jurídica – mantida a reprovação ao fato delituoso – e de justiça tópica – a influenciar na consequência jurídica do crime. Atendidos pressupostos específicos: privação de liberdade afastada na consideração final da pena, culpabilidade diminuta, inexistência de dano específico a reparar e não violação de exigência de prevenção especial de socialização nem esvaziamento de prevenção geral (satisfeita com a declaração de culpa e outras consequências da condenação). Precedente do direito comparado e tendência de política-criminal compatível com a ordem constitucional e penal pátrias.

**APELO PARCIALMENTE PROVIDO.**



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

Nº 70053574067

COMARCA DE PORTO ALEGRE

JOAO VALTER ANTUNES

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar parcial provimento ao apelo para manter a condenação, mas dispensar o cumprimento da pena, inclusive a de multa, certificando-se, para fins de antecedentes, a data do trânsito em julgado desta decisão como data do cumprimento da pena.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** E **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO**.

Porto Alegre, 27 de junho de 2013.

**DES. JAYME WEINGARTNER NETO,**  
Relator.

## RELATÓRIO

**DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)**



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra Mário Cezar dos Santos Telles Júnior, dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 08 de setembro de 2012, por volta das 14h30min, na Avenida Jacuí, Bairro Cristal, no interior do estabelecimento da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE) nesta Capital, trazia consigo para entregar de qualquer modo a consumo, 3 (três) tijolinhos de maconha, pesando aproximadamente 1,65g (incluso auto de apreensão e laudo e constatação e natureza da substância), sem autorização e em desacordo com determinações legais e regulamentares, presentes na Portaria n. 344/98 SVS/MS, substância que causa dependência física e psíquica.

Na ocasião, o denunciado foi visitar seu filho Geovani Bueno Antunes da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE), local onde cumpre medida socioeducativa privativa de liberdade. Na revista de praxe para ingresso no estabelecimento, foi encontrado, no interior da cueca de João, a droga mencionada.

O imputado estava traficando nas dependências da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE), estabelecimento de reinserção social.

Notificado (fl. 90), o réu apresentou, por intermédio de Defensor Público, defesa prévia.

A denúncia foi recebida em 03 de novembro de 2012 (fl. 96-verso).

Após regular trâmite processual, sobreveio sentença de procedência da ação penal, para condenar o réu como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, sendo-lhe aplicada a pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

duas restritivas de direito, e pagamento de 194 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 146/151).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação.

Em razões recursais, alega a ocorrência de crime de bagatela, postulando, assim a absolvição. Destaca a pequena quantidade de droga apreendida, as circunstâncias do flagrante e as condições de vida pretérita, que revela não se tratar de prática habitual de crime. No caso de manutenção da decisão, requer o afastamento da pena de multa, em razão das precárias condições financeiras, bem como seja aplicada a detração (fls. 148/152).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 154/156).

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo provimento do recurso com a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06, e consequente declaração de extinção da punibilidade, tendo a pena corporal como suficiente sanção ao caso (fls. 158/159).

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)**

#### **AUTORIA E MATERIALIDADE**

A materialidade do crime de tráfico de drogas está comprovada no auto de apreensão (fls.26), no laudo de constatação da natureza da substância (fls. 29) e no laudo pericial (fls. 118).

Da mesma forma, a autoria está evidenciada no contexto probatório.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

O réu, em juízo, assumiu a autoria. Disse que estava levando o entorpecente para seu filho, que é usuário de drogas desde os 14 anos de idade, e está internado na FASE. Afirmou que o filho pedia, insistentemente, para que levasse maconha, e ele acabou cedendo. Disse que não é usuário e nunca usou drogas.

Somados à confissão do réu, os depoimentos dos agentes públicos que efetuaram o flagrante. Suas declarações são coerentes e uniformes de forma a demonstrar que a droga foi apreendida em poder do réu e era destinada ao filho dele, que cumpre medida socioeducativa na FASE.

A propósito, colacionam-se trechos da fundamentação do nobre julgador que bem analisou a prova:

Da mesma forma, a **autoria** vem estampada no presente feito.

**Luís Ronaldo Padilha Leão**, agente sócio-educador da FASE, contou que em revista íntima ao denunciado, que foi visitar seu filho, encontrou três trouxinhas de maconha em sua cueca. Referiu o réu assumiu estar levando o psicotrópico para o filho, pois ele havia pedido. Noticiou que não havia outras pessoas no local no momento da apreensão e que ele foi imediatamente encaminhado à autoridade policial.

O motorista FASE, **Cleomar Fernando Cardoso da Silva**, narrou o transporte de Luís Ronaldo até a Delegacia de Polícia a pedido da Brigada Militar. Não teve contato com o ofensor e não observou a apreensão.

A testemunha de defesa **Álvaro Alves da Silva** não presenciou os fatos, apenas abonou a personalidade e conduta social do acusado.

Em seu interrogatório, **João Valter Antunes** assumiu a autoria delitiva, asseverando que a substância ilícita estava no bolso de trás de sua bermuda e que destinava-se ao seu filho, dependente químico desde os 14 anos, que insistentemente pedia para ele levar maconha. Sustentou nunca ter utilizado tóxicos e nem



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

ter realizado tal ilícito anteriormente. Alegou que seu filho está recolhido por tráfico de drogas.

Em suma, foram apreendidos 03 pequenos tijolos de maconha, pesando aproximadamente 1,65g, com o denunciado, que assumiu sua propriedade, justificando que pretendia entregar a consumo gratuitamente a substância ilícita o psicotrópico ao seu filho.

Destarte, tal confissão não vem isolada nos autos, sendo lastreada por diversos elementos de prova. Ele foi preso em flagrante, de posse da substância ilícita, encontrada em revista íntima pelo funcionário Luís Ronaldo, o qual ratifica o evento criminoso em seu depoimento, sendo firme e coerente na narrativa dos acontecimentos e inclusive reprisando seu relato em sede inquisitorial.

Note-se que a ausência de finalidade mercantil não obsta a condenação pelo ilícito do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, eis que o simples fato trazer consigo o tóxico para entregar de qualquer modo a consumo já caracteriza a traficância, notadamente porque o tipo descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, é daqueles de conteúdo variado, em que é desnecessária a realização de todas as condutas nele previstas para configurar o fato típico.

O artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 preceitua:

*“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:”*

Logo, perfeitamente comprovada a prática do tipo penal de tráfico de drogas pelo ofensor.

Não há circunstâncias que afastem a antijuridicidade, tampouco a culpabilidade e está demonstrado o nexos causal entre a ação pretendida e desenvolvida, e o resultado obtido. Evidenciado, pois, o dolo na ação perpetrada.

Evidenciado que a prática de tráfico se desenvolveu nas dependências da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE) e que o acusado levava psicotrópicos para consumo de seu filho no interior do estabelecimento.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

Impositiva, portanto, a solução condenatória.

O réu, durante o ingresso na FASE, para visitar seu filho, foi revistado, e com ele foram encontrados 03 tijolinhos de maconha, pesando 1,65 gramas. Ele admitiu que o entorpecente era destinado ao filho, usuário de drogas. Ainda que não destinado ao comércio, ficou comprovada a circulabilidade do entorpecente.

O simples fato de trazer consigo ou guardar a substância entorpecente, visando a entrega a terceiros, *de per si*, já é conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Pode-se, evidentemente, discordar da vereda legal, cogitar de alternativas, mas, no Estado democrático de direito, a política criminal, em primeira linha, é densificada pelo legislador, mormente em temas altamente controvertidos, tanto moral quanto empiricamente.

Por outro lado, com a vênia do nobre representante do Ministério Público em segundo grau, não é caso de desclassificação para o delito previsto no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de uso compartilhado), porque o **comportamento do réu não se amolda perfeitamente ao tipo penal em comento**. Certo que se pode afirmar que a prática deu-se eventualmente e sem objetivo de lucro, o que indica incidência típica parcial. Todavia, há incontornáveis distinções. Primeira, a conduta imputada ao réu é de *trazer consigo* e não de *oferecer*. Segunda, embora a intenção do réu fosse entregar o entorpecente à pessoa de seu relacionamento (filho), a droga não se destinava para consumo conjunto. O réu afirmou peremptoriamente – e com lealdade (abandonando a linha inaugurada pela defesa técnica à fl. 45) – que não é e nunca foi usuário de drogas.

Por fim, tratando-se de crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a saúde pública, **não se aplica o princípio da insignificância nos delitos relacionados aos entorpecentes**, sendo



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

irrelevante a pequena quantidade de droga apreendida (STJ, HC 156543 / RJ, 6ª T., j. em 25/10/11 e HC 248652 / MT, 5ª T., j. em 18/10/12, STF HC 102940/ES, 1ª T., j. em 15/02/11 e HC 103684 / DF, Tribunal Pleno, j. em 21/10/10).

As circunstâncias e os elementos presentes nos autos são suficientes a comprovar a prática delituosa. Não há, então, que se falar em absolvição, devendo ser mantida a condenação.

### **Pena privativa de liberdade**

O magistrado fixou a pena em 01 ano, 11 meses e 10 dias, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, e pagamento de 194 dias-multa, à razão mínima legal.

Já manifestei entendimento, em casos similares (ingressar no presídio, durante visita, levando drogas para entrega a detento), cogitando a possibilidade de aplicação fundamentada (e controlável) do princípio da proporcionalidade, para suspender a eficácia da pena acaso conseqüente, inclusive como atitude pragmática, de evidente repercussão política e repto à administração prisional. Mas não de forma genérica e gerando precedentes de duvidosa assimilação sistemática, e sim no diapasão da prudência jurisdicional, creio que virtude inafastável do Poder Judiciário.

As tensões do caso em tela provocaram lúcida, ponderada e sensível reflexão no Ministério Público, em segundo grau, valendo a transcrição literal da discussão de mérito produzida pelo Procurador de Justiça Dr. Roberto Neumann:

“Caso complexo do ponto de vista do princípio da proporcionalidade.

Temos aqui um pai, sem qualquer antecedente, trabalhador -pedreiro-, que é flagrado com um grama





JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

e meio de maconha, droga que seria entregue ao filho que estava internado na FASE, filho esse internado por força de tráfico.

Barrado na porta da FASE com um grama e meio nos bolsos. Essa a situação de fato, tendo o pai ficado preso preventivamente de 08 de setembro a 17 de outubro de 2012. É réu confesso.

Essa droga, na espécie e quantidade encaminhada, por óbvio que não era destinada a comércio na FASE. Óbvio que visava ser consumida pelo próprio filho, que pedia ao pai, um pedreiro, a droga. Não é possível se admitir bagatela, porque não era uso. Era fornecimento.

Todavia, imputar a esse pai a pecha de traficante já é forte. Tê-lo deixado preso no presídio central por quase quarenta dias, entendo, ademais, como punição suficiente.

Tentando compreender a natureza humana, suas vicissitudes, separando as condutas, me irrompe o entendimento de admitir a desclassificação dessa conduta para aquela fixada no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006, e, na excepcionalidade do caso concreto, dar aqui por extinta a punibilidade, tendo a pena corporal como suficiente sanção ao caso.

Justifico que a conduta privilegiada, como regra, imporia o consumo conjunto. Mas, esse fato, do pai que já tem um filho sob a tortura da droga, ter que ainda fumar maconha com o filho para adequar-se ao tipo privilegiado, seria um excesso. Penso que tal seria um excesso de exigibilidade. Fiquemos, pois, como tendo sido cumpridas as exigências legais para adequação típica.

Ponto que o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice coroa interpretativa – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, indica que, em casos excepcionais, insisto, excepcionais, como o presente, se mostre possível a adequação proposta “.

Pois tenho que é possível, proporcional e razoável chegar a resultado semelhante (não idêntico), dispensando-se a pena, sem entretanto



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

violar a teoria geral do delito e tampouco conspurcar o contexto fático que exsurge do contraditório, de modo que a solução proclame-se em sua integridade lógica e axiológica, sem subterfúgio, capaz de harmonizar as exigências tópicas de justiça que o caso encerra e, preservada a segurança jurídica (consideração sistêmica), universalizar-se caso reproduzam-se materialmente as condições de aplicação do *decisum*.<sup>1</sup>

Proponho **manter a condenação, com a inarredável declaração de culpa, mas afastar a pena, que se revela concretamente desarrazoada, aplicando-se o instituto da dispensa de pena** que, embora sem previsão em regra específica do sistema penal brasileiro, coaduna-se com os princípios e vetores que orientam nossa política-criminal. Passo, então, diante da ausência de regra e, até onde conheço, de precedentes, ao dever redobrado de fundamentar a senda jurisprudencial aventada.<sup>2</sup>

*Quid juris* quando se defronta com injusto culpável e punível de crime abstratamente grave cuja moldura sancionatória, ao cabo e presentes peculiaridades pessoais e vicissitudes processuais, ainda que comprimida no limite de flexibilidade do sistema, persiste desproporcional? **A um**, evitar a tentação da **desconstrução dogmática**,<sup>3</sup> afirmando com simplicidade que

<sup>1</sup> “A virtude está em identificar o ponto de equilíbrio entre a excessiva flexibilidade, orientada pela justiça do caso concreto, e a excessiva rigidez na aplicação do direito, decorrente do princípio da legalidade, com os limites técnicos impostos pelo ordenamento jurídico, os quais são reveladores de segurança jurídica. O problema central consiste na individuação de formas idôneas a garantir um equilíbrio racional entre o livre convencimento judicial no exame do caso concreto e a necessidade de segurança.” (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 297)

<sup>2</sup> Já consignei, no contexto de correção parcial que versava sobre delcaração incidental de inconstitucionalidade (nº 70051127132), que se exige do magistrado fundamentação robusta, clara e objetiva, “mormente ao veicular tese visivelmente minoritária, bem como recomenda-se diálogo, horizontal e vertical, com os precedentes judiciais em sentido contrário, notadamente Súmula e decisões dos Tribunais Superiores”.

<sup>3</sup> “A pretensão de rejeitar o método dogmático, por considerá-lo inútil, é um infantilismo jurídico, próprio de pretensos teóricos gerais que jamais enfrentaram os problemas concretos de algum ramo do saber jurídico. Quando prescindimos da construção desses conceitos, caímos no campo das soluções arbitrarias.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. José Henrique Pierangeli. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 166.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

há tipicidade, pois incorre, aqui, crime impossível;<sup>4</sup> que não socorre causa de exclusão da ilicitude e tampouco exculpação por inexigibilidade de conduta diversa (a coação moral que parece aflorar no coração do pai pedreiro não ultrapassa a barreira do resistível).<sup>5</sup> A **dois**, recusar o atalho do **decisionismo**, seja enviesando de tal modo a apreciação dos fatos que resultariam artificiosos e quase irreconhecíveis a um observador imparcial, seja proclamando *tout court* o resultado justo, segundo o diapásão da sensibilidade magistral, desacompanhada do supedâneo normativo. A **três**, com humildade, reconhecer que, em sendo assim, **impõe-se a condenação**, seguindo-se que tal conduta, pese sua especificidade, é criminosa e que a resposta sistêmica adequada é declará-lo alto e bom som, inclusive porque não há como extinguir sua punibilidade, à míngua de regra autorizadora – o que leva em conta exigências razoáveis (e democraticamente postas) de prevenção geral e segurança jurídica.

A **quatro**, enunciar as **peculiaridades** – que tornam a dosimetria tradicional demasiada –, inclusive para que a comunidade jurídica

---

4 Observo que considerar atípico o fato delituoso imputado ao réu significaria, rigorosamente, afirmar sua irrelevância penal, uma conduta socialmente neutra aos olhos da tutela penal. Já fundamentei a inviabilidade de reconhecer crime impossível em situações similares. Mesmo que, *ad argumentandum tantum*, se tratasse de crime de resultado (no caso, o verbo nuclear imputado na denúncia, *trazer consigo*, aponta para delito formal), não seria o caso de crime impossível. A revista pessoal e nos pertences, no retorno à casa prisional (ou no ingresso, quando em visita) embora constitua elemento que dificulta, não inviabiliza completamente a consumação do delito. Não se trata, portanto, de absoluta ineficácia do meio empregado, mas, apenas, de relativa ineficácia. Por oportuno, como argumento analógico, ressalto que é firme o entendimento no STJ no sentido de que a existência de aparato de segurança no estabelecimento comercial não ilide, de forma absolutamente eficaz, a consumação do delito de furto (HC 251913 / RS, 6ª T., j. em 13/11/12). De igual forma, a existência do procedimento de revista pessoal e nos pertences, no ingresso em estabelecimento prisional, não é totalmente eficaz de modo a impedir completamente a consumação do delito de tráfico na modalidade “trazer consigo” drogas para entrega a terceiros dentro do estabelecimento prisional. Fato, aliás, notório, a rigor dispensando maiores considerações (confira-se Voto Vencido, Apelação Crime 70053819603, j. em 09/05/13).

<sup>5</sup> Reconhecer exculpação importaria, a seu turno, proclamar que não há reprovação social em relação à conduta, o que dificilmente passaria num escrutínio imparcial em qualquer auditório relevante e, certamente, não foi aceito pela FASE e seus agentes socioeducadores. Parece evidente, no contexto dos autos, que era exigível do réu outra conduta, descabido (e sequer alegado) o reconhecimento de *vis compulsiva*, isto é, coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte, CP), que demandaria constrangimento de tal monta que se tornasse impossível de ser vencido pelo réu, diante de ameaça de mal grave, certo e inevitável. Certo que a coação moral resistível importa atenuação de pena (art. 65, III, “c”, CP), inócua em face da solução de dispensa de pena.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

e a opinião pública possam aferir a prudência da avaliação realizada.

**Quinto**, elencar **pressupostos** necessários para a **dispensa da pena**, num esforço de demonstrar que o instituto coaduna-se com o sistema normativo e que futura e eventual aplicação há de amparar-se também em requisitos objetivos e, portanto, ser previsível.

Dos passos **um e dois** ocupei-me ao motivar a manutenção da condenação nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, com a minorante prevista no § 4º do citado artigo e justificando a impossibilidade de considerar presente o suporte fático do § 3º do mesmo artigo. O passo **três** parece-me premissa aceita por qualquer sistema de justiça que atue no espaço do Estado democrático de direito.

Enfrento, na sequência, as tensões dos passos quatro e cinco.

O que há, portanto, de **peculiar no caso** em tela, que torna imperativa solução que esgarça, para aquém, a moldura legal posta pelo legislador? Em realidade, uma **confluência de fatores**. João Valter é um pai trabalhador de toda uma vida (contava com 50 anos quando do interrogatório), pedreiro (como comprovam os documentos de fls. 77-86), cuja conduta social é abonada, cuja boa índole é atestada (por exemplo, pelo comissário de polícia que o conhece há cerca de dez anos, fl. 102). Primário (certidão à fl. 122), sem qualquer antecedente.

A prova oral fala por si, desnecessário qualquer floreio literário (fls. 102v/103v). A esposa é funcionária pública municipal, trabalha no DMAE. Tem dois filhos, um de 14 e outro de 18, que se encontrava preso na FASE por tráfico e que é usuário de drogas desde os 14 (embora João diga que só descobriu aos 16 anos). O controle familiar era difícil: o casal saía para trabalhar de manhã e só voltava à noite; o filho estudava até meio-dia e, quando chegavam do serviço, estava em casa. Atribui o ato infracional do filho às más companhias, da Serraria, que o adolescente continuou a frequentar depois que se mudaram para a Ponta Grossa. Nas suas palavras:



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

“A gente não tinha como controlar ele. Eu e a mãe dele tinha que trabalhar. Ele estava estudando no Monteiro Lobato. Nós estávamos pagando seiscentos ‘pila’ por mês e trancou a matrícula dele na metade do ano e nós tivemos que continuar pagando para não sujar o nome.”. Quanto ao garoto de 14, perguntado sobre “rédea curta em cima dele”, declarou-se tranquilo, pois “até religioso ele é, se batizou na igreja. A mãe dele também se batizou.” Durante a internação do filho, por aproximadamente um ano e dois meses, visitava-o sempre, revezando-se o casal entre as visitas de quarta-feira e do sábado. Ressalta, mais de uma vez, que em todas, “todas” as oportunidades, visitavam o filho: “Quando a minha mulher não ia na quarta-feira, eu ia. Eu ia no sábado. Em todas as visitas, eu ia visitar ele. (...) Quando ela não pode ir, eu trabalho até meio-dia no serviço e vou para levar as coisinhas para ele lá, para comer, levar roupa. E, sábado, vamos nós três – eu, a mulher e o irmão dele pequeno.”.

Pois bem, neste contexto, fazia mais de mês (a contar retrospectivamente, do flagrante), “que ele [o filho internado] estava me enchendo o saco, porque é muito problema na cabeça, serviço e ele. Aí, tanto foi, que eu não sei o que me deu na cabeça que eu... **J:** Que o senhor levou? **I:** (Acenou positivamente). Porque não adianta eu dizer que sou usuário, porque nunca usei droga nenhuma, nunca. Em 50 anos, nunca precisei disso aí. **J:** Mas como seu filho lhe importunava para o senhor levar droga? Como ele fazia? **I:** [em todas visitas] Ele pedia: ‘Pai, dá um jeitinho aí! Traz maconha’. Eu digo: ‘Não posso. Nunca fiz isso. Vou acabar me atrapalhando ainda’. Foi o que aconteceu, isso aí. (...) Ele é usuário. Eu não sei se dão remédio para ele, porque ele pediu duas vezes tratamento lá e também não providenciariam uma clínica.”.

E no início da tarde do dia 08 de setembro de 2012, o “seu João e o menino dele” se apresentaram para a visita, e foi realizada uma revista, um por um; teve que tirar toda a roupa e a testemunha Luís Ronaldo,



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

agente socioeducador (“a gente dá uma verificada nas roupas da pessoa para ver se tem alguma coisa – arma”, fl. 100), encontrou as três trouxinhas de maconha na cueca de seu João (o réu, a seu turno, talvez por pudor, disse que a droga estava no bolso traseiro da bermuda, ou talvez estivesse e a recordação da testemunha é que foi imprecisa). O policial militar de plantão foi acionado. Seu João “teve uma postura tranquila, não teve, não esboçou qualquer reação”. Perguntado o motivo, seu João respondeu: “O guri pede!”. E o socioeducador respondeu para seu João: “Mas o senhor é pai. O Senhor não pode fazer uma coisa dessas.”. Embora ocorra com alguma frequência apreenderem drogas, “não chegou a haver um fato como esse do seu João” (fl. 101).

O flagrante foi homologado pelo Juiz Plantonista e convertido em “prisão preventiva na garantia da ordem pública para evitar reiteração delitiva própria do crime de tráfico” (fl. 38, simples assim). Ao pedir a liberdade provisória (fls. 44-6), alegando excessivo rigor, a defesa técnica explicou que o réu “vez em quando faz uso de pequena quantidade” e esqueceu a pequena porção, “sem maldade nenhuma”, no bolso de sua calça. O pedido foi indeferido, já que a matéria “precisa ser esclarecida com o mérito” (fl. 56). Relator do HC 70051150787, indeferi em 21/9/2012 (mesmo dia em que impetrado) a liminar, pois, embora interposto por defensor constituído, “não foi acostado documento algum. Não veio aos autos sequer o decreto prisional ora atacado. Portanto, por ora, não há como verificar o contexto fático-jurídico em que se fundamenta o pedido” (fls. 59-60). Pautado na primeira sessão subsequente, e à vista das informações, em 11/10/2012 o *habeas* foi concedido à unanimidade, mas a liberdade só se efetivou em 15/10/2012, por coincidência data do interrogatório (alvará de soltura à fl. 98). O fato é que permaneceu preso cautelarmente, no Presídio Central – com toda a precariedade humanística consabida – cerca de 40



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

dias. Tal circunstância o Procurador de Justiça considerou “como punição suficiente”.<sup>6</sup>

Reparo, nesta quadra, que, modo leal e digno, o réu confessou lisamente sua conduta, embora exponencialmente mais grave do que o assumido pela defesa técnica na primeira manifestação processual, exercendo sua autodeterminação existencial sem reserva mental, deixando de refugiar-se num atalho jurídico que poderia emergir da sombra probatória.

Também por isso, em homenagem à dignidade que concretamente exerceu no processo, soaria mais que excessivo (como acenou o Procurador de Justiça) impor ao pai, para beneficiar-se da conduta privilegiada, o consumo conjunto. Se ele, o réu, não enveredou por tal caminho, mesmo assumindo as vestes de uma formalização *in bonam partem*, penso que também ao Poder Judiciário resta vedado o recurso da extinção da punibilidade, que, como premissa, exigiria admitir que João Valter tentava fumar maconha com o filho na FASE, logo ele, pai de família que tem o filho afligido “sob a tortura da droga” – paradoxalmente, a figura privilegiada, nesta configuração fática hipotética, parece mais hedionda que o tráfico em si, na sua modalidade simples. Seja como for, a manifestação do “Parquet”, marcada pelo ânimo equitativo, tem o mérito sobressalente de indicar o princípio da proporcionalidade como método de solução do problema.

O que me leva ao **quinto passo**, para justificar e tecer parâmetros que substanciem a dispensa de pena como melhor solução para o caso em tela. **Proporção e razoabilidade**, ligadas a noções de justiça e equidade, sempre estiveram presentes nas diversas vertentes que desafiam o **conceito de direito**. Seja na tradição germânica, como proporcionalidade

---

<sup>6</sup> A **detração** (o cômputo da prisão provisória), segundo o comando legislativo (art. 1º da Lei nº 12.736/2012), é vetor a ser considerado pelo juiz que profere sentença condenatória – valor subsequente à norma –, certo que a regra bitola a operação “para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade” (art. 387, § 2º, do CPP).



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

(com seus subprincípios analisados em procedimento trifásico, cláusula inerente ao Estado de direito, art. 1º CF), seja na senda norte-americana, como razoabilidade (ancorada no devido processo legal substantivo, art. 5º, LIV, CF), o que importa é “a constatação, amplamente difundida, de que a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica”<sup>7</sup> – naturalmente, trata-se, aqui, do plano da **proibição de excesso**. A razoabilidade guarda estreita relação com o terceiro subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponto de a doutrina polemizar acerca da fungibilidade de ambas),<sup>8</sup> no esforço de equilíbrio entre meios utilizados e fins colimados, na busca da justa medida, “já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional”.<sup>9</sup>

Identifico aqui o problema dos autos, pois **a condenação criminal**, ultrapassados os filtros racionais da teoria geral do delito e a prova de fogo do acerto fático realizado pelo contraditório e pela ampla defesa, **é medida adequada e necessária**, mas “medidas adequadas e necessárias podem, ainda assim, resultar em compressão excessiva do bem afetado pela restrição”<sup>10</sup> – **a pena final, no caso, implica excesso, cotejada com as peculiaridades fáticas e vicissitudes processuais especificadas** no anterior passo quatro.

Percebo que o refúgio, ainda que via analogia material *pro reo*, nalguma forma de extinção da punibilidade (perdão judicial, por exemplo), desconstitui a declaração de culpa ínsita à sentença condenatória (*ex vi dos*

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 396.

<sup>8</sup> No sentido de que o princípio da razoabilidade-proporcionalidade engloba termos a empregar-se de modo fungível, vide BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 258 e 305. Contra tal equiparação, confira-se SARLET, Ingo Wolfgang (et al). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213.

<sup>9</sup> SARLET, *Eficácia*, p. 398.

<sup>10</sup> SARLET, *Eficácia*, p. 399.





JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

arts. 107 e 120 do Código Penal), o que desequilibra a equação e violaria a proporcionalidade – agora no horizonte da proibição de insuficiência –, nos tópicos adequação e necessidade, com reflexos presumíveis e verossímeis em termos de prevenção geral.<sup>11</sup>

Daí a inspiração do direito comparado, notoriamente o instituto da **dispensa de pena**, previsto no art. 74º do Código Penal Português, localizado no Título III (das conseqüências jurídicas do fato) do Livro I (Parte Geral), precisamente no Capítulo IV (escolha e medida da pena) e cujos pressupostos vão elencados no referido artigo, 1, alíneas ‘a’, ‘b’, e ‘c’. Literalmente:

Artigo 74.º (*Dispensa de pena*) 1. Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção. (...) <sup>12</sup>

<sup>11</sup> Discorrendo acerca das pulsões psicológicas de vingança, e seus reflexos no processo civilizador (Norbert Elias), o neurocientista de Harvard Steven Pinker pergunta (e responde): “Portanto a vingança compensa no mundo real? A ameaça verossímil de punição induz o temor no coração dos potenciais exploradores e os dissuade da exploração? **A resposta dos laboratórios é sim.** Na verdade, quando as pessoas testam jogos do dilema do prisioneiro em experimentos, elas tendem para estratégias de olho por olho e terminam por desfrutar dos frutos da cooperação. (...) A vingança só pode funcionar como uma contenção caso o vingador tenha uma *reputação* de ser decidido na vingança e determinado a empreendê-la mesmo a um alto custo. Isso ajuda a explicar por que a ânsia de vingança pode ser tão implacável, consumidora e, em alguns casos, autodestrutiva (como ocorre com os adeptos do fazer justiça com as próprias mãos que matam uma esposa infiel ou um forasteiro insultuoso). Mais ainda, ela é mais efetiva quando o alvo sabe que a punição veio do vingador, de modo que pode redirecionar seu comportamento em relação ao vingador do futuro. Isso explica por que uma ânsia de vingança só se consuma quando o alvo fica sabendo que foi escolhido para sofrer a punição. Esses impulsos implementam aquilo que os teóricos do direito chamam de dissuasão específica: uma punição que é direcionada a um determinado malfeitor de modo a impedi-lo a reincidir em um crime. A psicologia da vingança também implementa **o que os teóricos do direito chamam de dissuasão geral: uma punição publicamente decretada que é concebida para afugentar terceiros da tentação do crime.**” PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza. Por que a violência diminuiu.* (trad. Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta). São Paulo: Cia da Letras, 2013, pp. 720/721 - grifei.

<sup>12</sup> Código Penal Português, [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_main.php](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php), acesso em 12/06/2012.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

Trata-se, no campo da **penalologia**, consoante a *Introdução* [equivalente a nossa Exposição de Motivos], 8 (Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro), de importante inovação na matéria:

“Na verdade, ‘pode o tribunal não aplicar qualquer pena se a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral’ (artigo 75º, nº 1 [74º, nº 1]). (...) Com tais medidas – que o Comité de Ministros do Conselho da Europa recomenda em resolução de Março de 1976 e que se encontram já consagradas, por exemplo, na Inglaterra, França (por recente lei de 11 de junho de 1975) e também na Áustria (Código Penal, § 42º) – espera o Código dotar a administração da justiça penal de um meio idóneo de substituição de curtas penas de prisão ou mesmo da pronúncia de outras penas que nem a protecção da sociedade nem a recuperação do delinquente parecem seriamente exigir<sup>13</sup>”.

A ideia político-criminal que preside o instituto é a **declaração de culpa sem declaração de pena**. Na lição de Figueiredo Dias: “Do que se trata aqui é, na verdade, de comportamentos que integram todos os pressupostos da punibilidade – que constituem, isto é, acções ilícitas, típicas, culposas e puníveis –, mas não determinam a aplicação de qualquer pena (antes só a declaração de que o agente é culpado) em virtude de seu carácter *bagatelar*, ligado à **falta de carência de punição** do facto concreto. Em casos tais, manda a lei que se não aplique uma pena, pura e simplesmente, porque ela não surge, perante as finalidades que deveria cumprir, como *necessária*.”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Código Penal Português, [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_main.php](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php), acesso em 12/06/2012.

<sup>14</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1993, p. 314.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

Note-se que o instituto não pertence à categoria da punibilidade do facto (hipótese em que ainda estaria dentro da doutrina do crime), mas sim “já ao domínio específico das consequências jurídicas do crime, e, portanto, como produto de um acto especial de determinação da pena”.<sup>15</sup> Tanto que **a sentença que pronuncia uma dispensa de pena é uma sentença condenatória** (assim prevista formalmente no CPP Português, art. 375º-3),<sup>16</sup> inclusive acarretando condenação em custas. “Tudo isto faz compreender que a problemática da dispensa de pena se desenvolve a um nível político-criminal e dogmático diferente do das condições de punibilidade do facto e, na verdade, ao nível da **determinação da pena**; não sendo pois exactamente a categoria da dignidade punitiva do facto – a mesma que está na base das condições materiais de punibilidade – mas a da necessidade da pena que dá fundamento ao instituto.”

Pode-se, assim, vislumbrar “**algo de uma pena de substituição**” e, embora pareça formalmente contraditório, “o que existe verdadeiramente é uma *pena de declaração de culpa*, ou, se se preferir, uma espécie de *admoestação* em que esta resulta, sem mais, da declaração de culpa.”.<sup>17</sup>

Nestes lindes, lançar mão do instituto de dispensa de pena ao caso do autos **harmoniza**, modo proporcional e razoável, as **exigências de segurança jurídica, pois a confirmação da condenação mantém a reprovação ao facto delituoso, e de justiça tópica, que demanda a modulação extraordinária que se opera na consequência jurídica do crime, com o ajuste da pena, satisfeita com a declaração de culpa.**

Quanto aos **pressupostos**, tenho que podem ser transpostos ao direito brasileiro, mas reconheço que o maior embaraço seria a **pena**

<sup>15</sup> DIAS, *Direito Penal Português*. pp. 315/316.

<sup>16</sup> Código de Processo Penal Português. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_main.php](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php), acesso em 11/06/2013.

<sup>17</sup> DIAS, *Direito Penal Português*. p. 317



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

**aplicável** – pois em Portugal é preciso que o crime seja punível com pena de prisão não superior a 6 meses, na lógica legislativa de que o instituto *geral* da dispensa de pena só tenha lugar em relação à *pequena criminalidade*, num juízo abstrato de que se trata de crime leve – de menor potencial ofensivo, na dicção do art. 98, I, CF. Entretanto, o tráfico é, consabido, crime hediondo por equiparação (CF, art. 5º, XLIII).

Penso, contudo, contornável a objeção por dois argumentos: (i) a privação de liberdade no caso em tela foi afastada na consideração final da pena, justo em função de minorante prevista pelo legislador (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), o que permitiu, consoante regra geral posta no art. 44 do Código Penal, a substituição por penas restritivas de direito – vale dizer, o **sistema penal brasileiro**, sopesado legislativa e jurisprudencialmente (notadamente em face de decisões do STF), **permite que o tráfico de drogas pelo qual o réu foi condenado não seja punido com pena de prisão**, vetor axiológico relevante; (ii) a dispensa de pena aplicada ao caso dos autos, nas franjas da pequena criminalidade que orbita em torno da epidemia de saúde pública causada pelo atual estágio do tráfico de drogas, **compensa a ausência de previsão legislativa específica, com a casuística prudencial realizada pelo Poder Judiciário.**

No mais, a **culpabilidade é diminuta**, inclusive pela presença de coação moral resistível, como já sinalizei, e sopesados todos os fatores (também a quantidade bagatelar, insuficiente para afetar a tipicidade, mas impressiva e preponderante na dosimetria, aliás junto com a natureza comparativamente menos lesiva do entorpecente, a par da personalidade que o réu demonstrou e a conduta social auferida – nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006) conclui-se que a *imagem global* pende claramente para um limite de culpabilidade que, embora presente, situa-se na “zona inferior da moldura penal”. **Não há dano concreto a ser reparado**, tratando-se de



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

crime sem vítima específica e tutelada, como objeto jurídico, a saúde pública.

Finalmente, **não se opõem exigências preventivas**. Evidente, no que tange à **prevenção especial**, que João Valter não precisa ser neutralizado, despido de periculosidade que periclite a segurança pública e tampouco carece de específica necessidade de socialização. Do ponto de vista da prevenção geral, “a dispensa de pena será admissível sempre que, verificados os restantes pressupostos, o tribunal considere que, com a circunstância de o agente ser *declarado culpado* – o que o instituto da dispensa de pena necessariamente supõe –, ligada à natureza condenatória da sentença (supra § 471) e à sua comunicação ao registro criminal [DL nº 39/83, art. 3º, *d*), hoje L nº 12/91, de MAI21, art. 15º, *d*)], se alcança o *liminar mínimo de prevenção geral de integração ou de defesa do ordenamento jurídico*, não sendo por isso, do ponto de vista da prevenção geral necessária a imposição de uma pena.”.<sup>18</sup>

Em face de todo arrazoado, necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime em apreço (art. 59, *caput*, do Código Penal), a melhor solução é condenar o réu, declarando-o culpado, mas não se lhe aplicar qualquer pena, não subordinando a dispensa de pena ao cumprimento de quaisquer condições, deveres ou regras de conduta. Anoto, por outro lado, que não dizendo respeito a dispensa de pena às condições do fato delituoso, “mas à necessidade de pena, é eminentemente *individual e incomunicável* aos participantes”.<sup>19</sup>

O recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira, consigno, para além da proximidade matrística com o paradigma lusitano, escuda-se na percepção de que Pascal estava errado ao estranhar a dignidade científica da Jurisprudência (*Pensées*, 1670, fragmento 294, o erro

<sup>18</sup> DIAS, *Direito Penal Português*. p. 320.

<sup>19</sup> DIAS, *Direito Penal Português*. p. 321.



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

ou a verdade da justiça não resistiriam à travessia dos Pirineos). Em 1998, em Milão, Roxin realizou célebre conferência sobre *As tarefas futuras da ciência penal* e iniciou sustentando que o objeto desta ciência é muito mais homogêneo do que se tem sugerido e que “a diversidade das normas nacionais não desqualifica a unidade da Ciência do Direito Penal”.<sup>20</sup> Dentre as tarefas científicas no plano nacional, estava logo a elaboração do direito nacional sobre a base internacional, pelo que um determinado problema, a par da tradição pátria, deve buscar argumentos da dogmática dos outros países, “na direção de uma aproximação gradual entre os diversos sistemas penais”.<sup>21</sup> Outra grande tarefa é a reforma do sistema sancionatório, que há de ser socialmente construído e polimorfo a fim de dar conta das “aquisições científicas e das experiências da *práxis* do mundo inteiro”.<sup>22</sup>

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao apelo para manter a condenação, mas dispensar o cumprimento da pena, inclusive a de multa, certificando-se, para fins de antecedentes, a data do trânsito em julgado desta decisão como data do cumprimento da pena.

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI** - Presidente - Apelação Crime nº 70053574067, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA MANTER A CONDENAÇÃO,

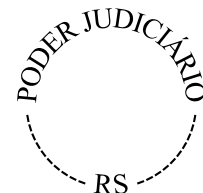
<sup>20</sup> ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. (trad. Óscar Julián Guerrero Peralta) Buenos Aires: Rubinzal, 2009, p. 192.

<sup>21</sup> ROXIN, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. p. 195.

<sup>22</sup> ROXIN, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. p. 201.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



JWN

Nº 70053574067 (Nº CNJ: 0082033-86.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

MAS DISPENSAR O CUMPRIMENTO DA PENA, INCLUSIVE A DE MULTA, CERTIFICANDO-SE, PARA FINS DE ANTECEDENTES, A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DESTA DECISÃO COMO DATA DO CUMPRIMENTO DA PENA."

Julgador(a) de 1º Grau: TANIA DA ROSA