

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal

Direito Penal. Tráfico internacional de drogas / entorpecentes. Criminalização primária do porte de drogas / entorpecentes para consumo próprio. Direito à intimidade. Sistemas prisionais. Superlotação. Bem jurídico. Inexpressiva lesão ao bem jurídico protegido.

Monocrática

HC 131.310

j. 22.02.2016 – public. 25.02.2016

Cadastro IBCCRIM 3496

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão unânime da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (...).

2. Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 28, *caput*, e 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, acusado de importar pela internet “*matéria prima e insumo destinado à preparação de drogas, especificamente 0,10 (dez decigramas) de sementes de Cannabis Sativa Linneu (maconha), bem assim adquirido, para consumo pessoal, 0,52 (cinquenta e dois centigramas) de drogas, Sálvia ‘x’, (Salvionina ‘A’), substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil...*”.

3. Em seguida, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pleiteando a aplicação, no caso, do princípio da insignificância penal.

4. Denegada a ordem, foi interposto recurso ordinário no Superior Tribunal de Justiça. O recurso não foi provido.

5. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante insiste na aplicabilidade, ao caso, do princípio da insignificância. Alega que a quantidade de droga “*seria incapaz de afetar ou comprometer a livre volição do Paciente ou a saúde pública, o que afasta qualquer possibilidade de lesão ou mesmo de ameaça de lesão à saúde pública*”. Daí o pedido de concessão da ordem para que a denúncia oferecida em desfavor do paciente seja rejeita por atipicidade material da conduta.

Decido.

6. A liminar deve ser deferida.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou, no dia 20.08.2015, o julgamento do RE 635.659-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, no ponto em que se criminaliza o porte de pequenas quantidades de entorpecentes para uso pessoal.

8. Na oportunidade, votei pelo provimento do extraordinário, em voto assim ementado:

“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. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 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. 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 afeta a

esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 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. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 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. 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. 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 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.”

9. Muito embora tenha ocorrido a suspensão do julgamento (diante do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki), penso que o pronunciamento da Corte pode interferir na solução deste *habeas corpus*.

10. No caso de que se trata, o paciente, primário e de bons antecedentes, está sendo processado por importar da Holanda, pela internet, 05 (cinco) sementes de maconha e 0,52g de substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil (“Sálvia ‘x’ - Salvionina ‘A’”). Além disso, tendo em conta que o paciente importou em seu próprio nome e endereço tais substâncias pois “*não tinha noção de que estava importando produto proibido*”, o próprio magistrado da causa considerou que as condutas se subsumem, unicamente, ao art. 28 da Lei de Drogas.

11. Diante do exposto, considerando as particularidades da causa, sobretudo a reduzida quantidade de substância entorpecente para uso próprio, defiro a liminar para suspender a tramitação da ação penal na origem.

(...)

Publique-se.

Comunique-se.

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal	_____	1957
Tribunal Regional Federal da 1.ª Região	_____	1958
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	_____	1959
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	_____	1961
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	_____	1963
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	_____	1963

Luís Roberto Barroso
Relator.

Tribunal Regional Federal da 1.^a Região

Direito Penal. Tráfico internacional de drogas / entorpecentes. Planta ou semente sem o princípio ativo entorpecente. Uso para fins terapêuticos / medicinais. Causas de justificação. Estado de necessidade.

**4.^a Vara Federal do Estado do Pará
IP 15482-69.2014.4.01.3900
j. 23.04.2015 – public. 04.05.2015**

(...)

Decido.

A denúncia imputou ao denunciado a suposta prática de crime de tráfico de drogas, em razão de ter adquirido no Reino Unido 20 (vinte) sementes da substância entorpecente denominada *Cannabis Sativa*, com peso total de 5g (cinco gramas), conhecida popularmente como “maconha”, apreendida pela Receita Federal do Brasil, em São Paulo, junto aos Correios.

Em percuciente análise dos autos, abstraindo-se a questão da ínfima quantidade de sementes da erva adquirida pelo denunciado (20 sementes, pesando cerca de 5g - cinco gramas), evidencia-se sobejamente, diante dos elementos probatórios trazidos aos autos, em defesa prévia, que a aquisição, via Correios, do Reino Unido, dessas 20 sementes, por parte do denunciado, tinha como único e exclusivo fim medicinal.

Com efeito, T. S. T. C., esposa do denunciado, quando estava grávida, em estado adiantado, começou a sentir fortes dores pelo corpo, o que ensejou a decisão dos médicos de antecipar o parto, para uma melhor investigação do que estava ocorrendo, nascendo assim a filha do casal, G. T. C., prematura de oito meses, e com saúde frágil, sendo encaminhada à UTI Neonatal.

Duas semanas após o parto, no ano de 2010, a esposa do denunciado ainda sentia muita dores, quando foi diagnosticado que a mesma apresentava um tumor maligno no ovário e precisava passar por cirurgia de urgência para retirada de todo o seu aparelho reprodutivo (histerectomia), passando a submeter-se a um longo e penoso tratamento de quimioterapia, cujos efeitos colaterais foram drásticos provocando-lhe extrema debilidade, parando de se alimentar, perdendo muito peso, além das fortes dores pelo corpo, náuseas, etc., tendo seu oncologista inclusive decidido alterar os intervalos de tempo entre algumas das sessões do coquetel quimioterápico.

Diante desse quadro, sucintamente relatado e provado nos autos pelos fartos documentos médicos juntados, o denunciado, em atitude de desespero, após tomar conhecimento sobre tratamentos alternativos e na ânsia de minorar o sofrimento de sua esposa, descobriu que médicos americanos prescrevem *Cannabis Sativa* para combater os efeitos maléficos colaterais e drásticos da quimioterapia e as próprias células cancerígenas, já havendo autorização em vários países para o uso da erva com essa finalidade, resolveu fazer uso desse tratamento alternativo com a referida erva, como tratamento auxiliar de sua esposa, alcançando resultados bastante satisfatórios, já que cessaram as dores no corpo e as náuseas que sua esposa sentia, com significativo aumento de apetite, tendo ela voltado a se alimentar adequadamente.

A finalidade altruísta e humanitária que moveu o denunciado J., ao adquirir as sementes no Reino Unido, qual seja, para o exclusivo fim medicinal, em face à grave moléstia que foi sua esposa acometida apresenta-se incontestável nos autos, de modo a tornar irrelevante até mesmo o fato de ter ele se utilizado de pseudônimo de Francisco Alves, por discricção e para preservar sua esposa, como espontaneamente declarou perante a autoridade policial, ocasião em que relatou de forma consistente que esse era o seu único objetivo em adquirir as sementes da referida droga.

A propósito, releva acentuar, robustecendo a veracidade do que afirma o denunciado, além dos fartos documentos médicos acostados aos autos, o fato de ter sua esposa, T. C., participado, como relatora, no IV Simpósio Internacional sobre *Cannabis Medicinal*, à convite do professor Elisaldo Carlini médico representante do Brasil nas comissões de drogas da Organização Mundial de Saúde e das Nações Unidas, ocorrido nos dias 15, 16 e 17/05/2014, na Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, conforme certificado de fl. 292.

Acrescente-se, ainda, que, a experiência de T. no uso da *Cannabis Sativa* para lhe ajudar, com eficácia, no combate aos graves efeitos colaterais da quimioterapia, foi também objeto de matéria ilustrada na revista Isto É, edição de 28/05/2014 (fls. 293/294).

Todos esses importantes fatos, corroborados pela robusta documentação carreada aos autos, deixam incontestável a assertiva de que o denunciado não tinha qualquer intenção de comercializar a droga, já que foi movido por sentimento de compaixão e solidariedade por sua esposa, quando adquiriu as sementes da erva unicamente para fins medicinais, de modo a restar evidenciada a atipicidade de conduta, por ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em comento, qual seja o dolo do agente.

Ademais, patente a causa excludente de ilicitude, em razão de ter o denunciado, em tese, praticado o delito em estado de necessidade (CP – art. 23, I), já que agiu diante de perigo atual, inevitável e que não deu causa, visando proteger bem jurídico alheio (estado de necessidade de terceiro, sua esposa), não sendo razoavelmente exigível, nas circunstâncias concretas, outra conduta.

Frise, ainda, que, conforme consta no Laudo de Perícia Criminal Federal – Química Forense nº 30/2013 – NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 27/31), “Segundo publicações da UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), os frutos aquênios (vulgarmente conhecidos como “sementes”) da planta *Cannabis Sativa*, não apresentam tetraidrocanabinol (THC) em sua composição, portanto não seriam considerados, a princípio, estruturas vegetais contendo substância entorpecente e/ou psicotrópica, tão pouco capazes de causar dependência física ou psíquica, de acordo com a legislação vigente. (...)”.

Ou seja, a despeito de se saber que a planta *Cannabis sativa*, cujas sementes analisadas poderiam dar origem, encontra-se relacionada na Lista de Plantas Proscritas que podem originar substância entorpecente, sendo proibida sua importação manipulação e uso, tem-se o fato de que as sementes adquiridas pelo denunciado não contém em si mesma substância entorpecente ou psicotrópica, já que não se extrai maconha da semente, mas da planta dela germinada, não sendo a sementes, assim, matéria prima da maconha. Para ilustrar, segue o aresto:

(...)

6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, **é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as sementes da planta *Cannabis sativa* Linneu.**

(...)

11. Importante ressaltar a distinção que a lei faz em relação à matéria-prima que sirva para a preparação de drogas e às plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do § 1º do art. 33, fala-se em “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, enquanto, no inciso II, “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”.

12. Razoável interpretar a primeira referência a “matéria-prima”, contida no inciso I, como a que cuida da hipótese

em que a matéria-prima não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da substância entorpecente conhecida como “maconha”.

13. Assim, não se prepara a “maconha” tendo por base a semente dela, mas sim a partir da planta que dela se originou. (...)

22. Agravo regimental prejudicado. **Ordem concedida para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente.** (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, HC 0025590-03.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, julgado em 12/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/11/2013).

Nesse contexto, diante do conteúdo da denúncia e dos documentos carreados aos autos, desde logo se verifica a atipicidade da conduta,

por ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em comento, consistente no dolo dos agentes e/ou a excludente de ilicitude do estado de necessidade.

(...)

Da forma como delineados os fatos na denúncia, aliado às pertinentes razões e documentos trazidos em defesa preliminar pelo denunciado, a questão denota ser atípica a conduta a ele atribuída, como antes explanado, em razão da ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em comento, alusivo ao dolo dos agentes, e, ainda que se ultrapassasse dessa análise sobrelevaria a excludente de ilicitude pelo estado de necessidade em que atuou o agente.

Ante o exposto, **REJEITO** a denúncia apresentada em desfavor de J. C. D., por falta de justa causa, já que ausente a tipicidade na conduta do agente, a teor do art. 395, III, do CPP.

(...)

Antonio Carlos Almeida Campelo
Juiz Federal.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Direito Penal. Tráfico de drogas / entorpecentes. Bem jurídico. Lesão ao bem jurídico protegido. Atipicidade. Princípio da insignificância.

1.ª Câm. Crim.
AP 0002002-52.2009.8.26.0575
j. 19.05.2014 – public. 02.06.2014
Cadastro IBCCRIM 3497

1. J. P. S. foi condenado, como infrator do **artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006**, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de **sete anos, onze meses e vinte e nove dias de reclusão em regime inicial fechado**, e ao pagamento de **quinhentos dias-multa**, no valor unitário mínimo. (...)

2. Consta da denúncia que, nas condições de tempo e local descritas, o acusado trazia consigo **duas porções de cocaína com peso inferior a nove decigramas**, destinadas ao tráfico e ao consumo de terceiras pessoas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Apurou-se que, diante da manifestação de interesse da testemunha S. em adquirir drogas, J. P. apanhou as duas porções que tinha consigo, para entregá-las a S.. Nesse momento, policiais militares que passavam pelo local notaram a atuação do réu, que, assustado com a presença deles, dispensou a droga no solo. Os milicianos então diligenciaram até encontrarem a apreenderem as duas porções de cocaína.

3. Verifica-se do exame dos autos que a conduta descrita na inicial não ofendeu o bem jurídico⁽¹⁾ tutelado pela lei penal de forma relevante e grave a justificar a imposição de uma pena criminal, fato que deve determinar a absolvição do acusado por atipicidade material, nos termos do inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.

4. A intervenção penal - via mais rigorosa de controle social formal - deve restringir-se aos casos de estrita necessidade, quando em causa graves afetações a bens fundamentais à vida em comunidade. Ou seja, consideradas as sérias restrições aos direitos fundamentais ínsitas à sanção penal, a imposição da pena criminal deve dar-se como *ultima ratio*, aplicável nos casos de lesões intoleráveis, quando esgotados ou ineficazes meios outros, não penais, à proteção dos elementos essenciais ao viver.

(...)

Mas, acima de tudo, que, em cada caso concreto, só sejam censuradas criminalmente condutas socialmente danosas, que, de fato, lesionem, de forma relevante, o bem protegido (razão de ser da

incriminação).⁽³⁾⁽⁴⁾ Do contrário, a alargada referência de que o Direito Penal só encontra legitimidade para a proteção de bens jurídicos tornar-se-ia mera retórica, letra morta.

(...)

5. O princípio da insignificância constitui justamente a materialização da aceção de que lesões ou riscos de pequena monta, de reduzido desvalor, não podem ser legitimamente alcançadas pela repressão criminal. Mais do que isso: se o exercício do poder punitivo, coesoante já dito, só se justifica nos casos de “mais grave afetação à coexistência”, inviável considerar-se abarcadas pela proibição lesões ínfimas ou perigos de dano irrelevantes, sem danosidade social, que não põem em causa o bem tutelado.

Claus Roxin concebeu o princípio enquanto critério para a determinação do injusto a partir do brocardo “*minima non curat praetor*”, ressaltando que “*atualmente só se pode proibir uma conduta com uma pena quando ela resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida em comum pacífica, livre e materialmente assegurada. O moderno Direito Penal não se vincula mais com a imoralidade da conduta, senão à sua danosidade social é dizer, a sua incompatibilidade com as regras de uma próspera vida em comum*”.⁽⁵⁾⁽⁶⁾

(...)

7. Portanto, o compromisso a sério com a premissa de que uma incidência penal (válida) deve adstringir-se à proteção dos bens fulcrais à coexistência implica, necessariamente, que uma conduta só seja considerada típica (leia-se, abarcada pela proibição penal) acaso vulnere, de forma relevante, o bem alvo de tutela. **Em não sendo assim, estar-se-ia a admitir a proibição pela simples proibição, a imposição de uma pena pela mera contrariedade formal à previsão legal.**

8. (...) Doutrina majoritária⁽⁸⁾ e jurisprudência⁽⁹⁾ brasileiras se pronunciam pela inadmissibilidade de incidência do princípio da insignificância em delitos de drogas, por se tratar de **crimes de perigo abstrato ou presumido**, categoria essa adotada pelo **Supremo Tribunal Federal**.

(...) A doutrina tradicional conceitua o perigo abstrato como aquele presumido *ius et de iure*, diferentemente do perigo concreto, que exige comprovação.

Nota-se que diversas decisões judiciais não reconhecem o princípio da insignificância em crimes de perigo abstrato, motivadas por esse impedimento colocado pela doutrina tradicional e na linha

de precedentes jurisprudenciais que simplesmente fazem referência genérica e acrítica à suposta inadequação desse princípio com a aludida potencialidade lesiva intrínseca dessas ações.

No entanto, essa presunção absoluta de perigo citada pela jurisprudência majoritária necessita ser revista, sob pena de se punirem condutas tidas como presumivelmente perigosas, mas que, antes de mais, não deveriam sequer estar sujeitas à intervenção do Direito Penal, por serem incapazes de gerar qualquer risco relevante ao bem jurídico tutelado.

Lembra a Professora **Helena Regina Lobo da Costa**⁽¹⁰⁾ que “as teorias da presunção afirmam que o crime de perigo abstrato é uma presunção de perigo criada pelo legislador, a partir da avaliação de fatos concretos. Originalmente, essa presunção era considerada *iuris et de iure*. Hoje, muitos partidários dessa corrente consideram que a presunção absoluta não é legítima no direito penal, defendendo a sua classificação como *iuris tantum* [nota de rodapé: Como por exemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal: parte general, cit., v. 3, p. 259. TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, cit., p. 226]. Essas teorias costumam ser criticadas em razão de a presunção, mesmo que relativa, violar o princípio ‘*in dubio pro reo*’ e, também, porque converteriam judicialmente crimes de perigo abstrato em crimes de perigo concreto, contrariando a previsão legislativa.”

(...)

A corroborar esse entendimento, especificamente no que respeita ao crime de tráfico de drogas, **Gustavo Octaviano Diniz Junqueira** e **Paulo Henrique Aranda Fuller**⁽¹²⁾ esclarecem: “(...) mesmo os crimes de perigo devem ser compreendidos a partir da existência de real e relevante risco ao bem. Se a quantidade não for capaz de causar relevante risco ao bem, entendemos que o fato sempre é irrelevante penal, em face do princípio da insignificância” (grifado, notas de rodapé suprimidas).

9. Ressalta-se que o **Supremo Tribunal Federal** já aplicou esse princípio em delito previsto na lei de drogas, destacando que a quantidade ínfima da substância ilícita apreendida com o agente (**0,6 gramas**) afastava a lesividade da conduta ao bem jurídico **saúde pública**.⁽¹³⁾ Conquanto tal decisão tenha sido proferida em ação penal instaurada por porte ilegal de drogas para consumo próprio, **o bem jurídico protegido é o mesmo - saúde pública**⁽¹⁴⁾ e, igualmente, não se mostrou ofendido ou em risco pela ação imputada ao apelante.

No precedente supra mencionado, a **Suprema Corte** acolheu parecer do **Ministério Público Federal**, no sentido da aplicabilidade do princípio da insignificância a delitos classificados como de perigo abstrato, nos seguintes termos: “(...) o fato de o tipo descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06 configurar um delito de perigo abstrato não pode impedir, absolutamente, a aplicação do postulado da insignificância. Isso porque, mesmo nesses casos, não se afasta a necessidade de aferição da lesividade da conduta, ou seja, se capaz ou não de atingir, concretamente, o bem jurídico resguardado pela norma. É indispensável, pois, que se demonstre a aptidão da conduta em lesar o bem jurídico (...)”

(...)

12. (...) **Frise-se não haver espaço, no juízo de aferição da tipicidade penal, para valoração moral sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, tampouco para juízo dedutivo sobre a possibilidade ou probabilidade de que o pequeno traficante possua outras quantidades maiores de drogas supostamente ocultas ainda não apreendidas, como se costuma argumentar na tentativa de afastar a insignificância de um determinado fato em tais casos. Não se perca de vista que, em um Direito Penal do fato, a persecução volta-se em relação a um fato concreto supostamente delituoso.**

(...)

14. Por fim, saliente-se que, no Brasil, a pena mínima cominada para a infração ao artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 é de **cinco anos de reclusão e 500 dias-multa, independentemente da quantidade de drogas apreendida com o acusado**. Cuida-se de previsão legal resultante de técnica legislativa que, ao ser aplicada no caso concreto,

imprescinde do exame dos fatos pelo julgador à luz do princípio da proteção do bem jurídico, a fim de se **apurar se a conduta posta em julgamento realmente merece ser punida penalmente com tamanha intensidade refletida na hipótese normativa**. Deixar de fazer essa valoração jurídica poderia eventualmente conduzir este Tribunal de Justiça a apenar excessivamente o imputado em afronta, inclusive, ao princípio da proporcionalidade⁽³⁰⁾ (...)

15. Assim, não se pode afirmar, no caso dos autos, que o fato descrito na inicial acusatória expôs a perigo a saúde pública, vista como “*situação de bem estar físico e psíquico da coletividade*”.⁽³²⁾ Com efeito, além de mínima a quantidade de substâncias apreendidas (**menos de nove decigramas no total, que continha cocaína e xilocaína, a qual não se encontra sequer prevista na Portaria nº 344 do SNVS do MS, cf. fls. 09**), dizem a denúncia e três testemunhas (cf. fls. 233/234 e 236) que o réu não chegou a transferir a droga aos possíveis compradores, pois a dispensara no solo logo após notar a aproximação dos policiais. Acrescente-se que J. P. e uma testemunha afirmaram que ele era usuário de drogas havia sete ou oito anos, bem como dependente de *crack* na data dos fatos (cf. fls. 237 e 288). O réu asseverou, ainda, que venderia aquela pequena quantidade de narcótico para o fim exclusivo de obter dinheiro necessário para sustentar sua dependência no outro tipo de droga (cf. interrogatório de fls. 288).

Dessa maneira, a partir da premissa de que o Direito Penal se restringe à tutela de bens jurídicos essenciais à coexistência, quando ofendidos ou colocados em risco por condutas graves, resta claro, no presente feito, que a ação imputada ao réu é atípica, tornando de rigor o decreto absolutório, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Uma vez reconhecida a atipicidade do fato, resta prejudicada a análise das teses defensivas suscitadas nas razões recursais.

16. Ante o exposto, por este voto, dá-se provimento ao apelo defensivo, para absolver o recorrente do delito imputado, com arrimo no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Notas

- (1) Adota-se, neste voto, o conceito de “**bem jurídico**” apontado por **Luis Greco**, segundo a teoria dualista: (...) Leciona o autor que o relevante é que “este interesse, valor, unidade funcional, pretensão de respeito etc. seja de importância fundamental para alguém, de modo que a existência ou o bem-estar deste alguém estariam severamente ameaçados caso a incriminação inexistisse. (...) para esta concepção, [dualista] há bens jurídicos tanto individuais, quanto coletivos, e não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem vice-versa os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual. Bens jurídicos individuais e coletivos seriam ambos igualmente legítimos e admissíveis. (...) Podemos falar em interesses, funções, dados, elementos, no que quisermos. Prefiro usar o termo ‘dados’, pela sua maior conotação fática: **bens jurídicos seriam, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.**” (Revista Brasileira de Ciências Criminais 49, julho-agosto de 2004, Ed. RT, “Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, pp.101/102, grifado).

(...)

- (3) **Juarez Tavares**, ao retratar o injusto penal, realça que “em face das exigências políticas que se codificaram tanto no direito interno quanto nos pactos internacionais, no sentido de assegurar-se a realização plena das potencialidades do sujeito, o preenchimento dos elementos do injusto penal deve subordinar-se ainda a que a restrição da liberdade constitua sempre uma exceção, somente justificável em casos definidos de necessidade e desde que atendidas, complementarmente, as condições de proporcionalidade e adequabilidade da intervenção, quer dizer, dentro dos critérios de intervenção mínima e demonstração de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, que traz embutida a demonstração da danosidade social da conduta” (Teoria do injusto penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 120).

- (4) Parte da doutrina faz menção, enquanto critérios a pautarem o legítimo exercício do *jus puniendi*, à dignidade e à carência de tutela penal. Pelo critério da dignidade, o bem alegadamente protegido deve ser, realmente, merecedor de tutela pelo meio mais gravoso de incidência por tratar-se de bem fulcral à coexistência e a conduta incriminada deve, de fato, ser idônea a afetar e por em causa o bem tutelado (gravosidade social do comportamento). Já pelo critério da carência, imperioso que a ingerência penal revelese necessária e adequada à tutela do bem. Pelo parâmetro da necessidade, só é possível lançar-se mão da intervenção penal quando inexistentes meios outros, menos gravosos, idôneos

e eficazes à tutela; e, pela adequação, deve o direito penal ser uma via hábil ao amparo do bem, sem que tal implique custos desmedidos aos direitos e liberdades fundamentais. Critérios que, segundo **Manuel da Costa Andrade**, dão cor aos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio* do Direito Penal. (A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, fascículo 2, abril-junho 1992).

- (5) *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Espanha: Ariel derecho, 1989, p.21.
- (6) Visão, aliás, em consonância com a concepção de “tipicidade conglobante” de **Eugenio Raúl Zaffaroni**. Leciona o autor que “*La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma: todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una co-existencia que evite la guerra civil (la guerra de todos contra todos). La insignificancia sólo puede surgir a luz de la función general que da sentido al orden normativo y, por consecuencia, a la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición, lo que es imposible de establecer a la simple luz de su consideración aislada*”. (*Tratado de derecho penal: parte general*, Editora Ediar, p. 555)
- (...)
- (8) Dentre outros, Guilherme de Souza Nucci, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, Ed. RT, 2010, p. 362.
- (9) Dentre outros, AC 0000.009-61.2012.8.26.0318, 3ª Câmara de Direito Criminal, Desembargador Relator Amado de Faria, j. em 26 de novembro de 2013: “(...) **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INAPLICABILIDADE**. Por se tratar de crime de perigo abstrato, incabível a aplicação do princípio da bagatela no crime de tráfico de drogas, ainda que a quantidade de droga destinada ao tráfico seja ínfima. Lesão ao bem jurídico saúde pública que independe de prova de sua efetiva violação. (...)”
- (10) “Proteção Penal Ambiental: viabilidade efetividade tutela por outros ramos do direito”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 36
- (...)
- (12) Legislação Penal Especial, Vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 284.

- (13) HC 110.475/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14 de fevereiro de 2012
- (14) A despeito do entendimento respeitável de parte da doutrina de que o delito de porte de drogas para consumo próprio consiste em autocolocação em risco e não sujeito à incriminação penal (Claus Roxin, “Crimes de Posse”, Revista Liberdades nº 12, janeiro/abril de 2013), é certo que, no sistema brasileiro delineado pela Lei nº 11.343/2006 esse tipo penal está previsto com vistas a tutelar a saúde pública, conforme lembrado por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller: [o objeto jurídico do artigo 28 da Lei Antidrogas] “continua a ser, como no art. 16 da revogada Lei n. 6.368/76, a saúde pública. É que não seria, a nosso ver, constitucional proteger a integridade física do próprio usuário, visto que a autolesão não é punida, dada a autonomia individual.” (Legislação Penal Especial, Vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 265.

- (...)
- (30) **Fernando Gómez Recio** assinala, dentre as condições em que se decompõe o princípio da proporcionalidade: “*bem jurídico socialmente relevante: o direito penal deveria atuar unicamente quando resultem atacados bens ou valores básicos para a convivência social, e que se desprendam diretamente dos valores constitucionais. E deveria atuar não em todos os casos, mas sim somente naquelas hipóteses em que o ataque ao bem jurídico tenha uma mínima significação. Necessidade: só se justifica o recurso ao direito penal quando não existir outro meio alternativo menos gravoso para os direitos fundamentais que possa conseguir os mesmos fins. O direito penal é e deve ser a ‘ultima ratio’*” (ob. cit. p. 954, tradução livre). O autor ainda critica a existência de penas mínimas tão altas para delitos de drogas, destacando a desproporcionalidade: “(...) *“uma pena mínima tão elevada colide frontalmente com a realidade social do meio em que as leis hão de ser aplicadas, até o ponto que podem aparecer como notoriamente desproporcionais em relação a determinados casos concretos”* (ob. cit. p. 968, tradução livre).
- (...)
- (32) Cf. Luiz Regis Prado, ob. cit.

Márcio Bartoli
Relator.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Tráfico de drogas / entorpecentes. Valor probante da prova testemunhal. Depoimento de policial.

**Anexo da Infância e Juventude da Comarca de Itapevi/SP
Processo 0002156-36.2014.8.26.0271
j.05.05.2016**

Vistos.

Não há elementos mínimos a autorizar a abertura de processo infracional em face do adolescente.

Trata-se de uma acusação de suposto tráfico de drogas, descoberto em razão de patrulhamento de rotina pela polícia.

Em sua oitiva informal perante o Ministério Público, o adolescente negou a traficância, sustentando que estava no local apenas para adquirir entorpecentes. “Quando indagado a respeito de seu depoimento prestado na Delegacia, afirmou ter ficado confuso” (fls. 70).

O fato é que se a suposta confissão policial não viesse a ser confirmada em juízo não haveria como se valer dela para um decreto condenatório. E, realmente, já deu indicativo claro o adolescente que não confessaria em juízo – posto que negou a traficância em oitiva informal.

Os imputáveis J. (fls. 12) e P. (fls. 13) permaneceram em silêncio na delegacia.

Assim, o que se teriam, na melhor das hipóteses, na fase judicial, seriam apenas as declarações dos próprios policiais que participaram da ocorrência.

E admissão de uma acusação baseada exclusivamente em testemunhos policiais viola as garantias do contraditório e da

ampla defesa, inerentes ao nosso Estado Democrático de Direito – a par de vir embasada em uma concepção fantasiosa, para dizer o mínimo, acerca da atividade policial em tempos de *guerra às drogas*.

De fato, em um cenário em que há clara polarização, no qual os agentes estatais têm em suas consciências forjados dados entendimentos (muito pouco racionais) acerca da questão das drogas, em que o *achismo* impera sobre um conhecimento verdadeiramente embasado,⁽¹⁾ como seria realista esperar a necessária isenção ao agente policial que efetiva a prisão de um suposto traficante e está pautado por legitimar a sua própria conduta? E com isso não se está a falar propriamente em corrupção (que inegavelmente é um problema sabidamente sério). E isso, também, sequer focando na possibilidade de que haja certos incentivos, mesmo que inconscientes, para que a versão policial seja sempre muito “coerente”, bastando lembrar as cobranças por produtividade (leia-se, por prisões efetivadas, com, inclusive, a premiação respectiva ao policial).⁽²⁾

Não se pode fechar os olhos à realidade e ignorar o considerável risco de que dado agente – que é especialmente treinado para “combater o tráfico”, e não para ter uma avaliação equidistante dos fatos – possa, por exemplo, “concluir” pela prática de tráfico tanto em uma situação de efetiva mercancia por parte do suspeito quanto em dado cenário em que apenas visualize jovens descamisados correndo próximos de uma suposta “boca de fumo”, e, assim, procurar, para dar “melhor colorido” à sua conclusão, sustentar com mais “coerência”, tanto na polícia quanto em juízo, a narrativa de efetiva participação de tais ou quais indivíduos no comércio de drogas, apenas “aparando certas arestas” – mas que seriam, certamente, fulcrais para o convencimento das autoridades policial e judiciária.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes trechos de esmerado voto vencedor perante o **E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**:

“A amplitude da defesa, ditada na Constituição Federal, decerto, em nome do princípio da proporcionalidade, impede que a prova criminal seja feita, exclusivamente, por

quem interveio na causa em nome de uma das partes, ou mesmo daquele que a tenha assistido.

(...)

Não se perca de vista que, é da própria condição humana, relatar a situação pretérita segundo suas próprias conveniências, até para não se evidenciar como um usurpador do direito individual alheio, dando ensejo ao crime de abuso de autoridade.

(...)

Aqui e acolá, costuma-se justificar, para não dar foros de juridicidade aos argumentos antes dedilhados, que os policiais não são impedidos de depor. Para tanto, traz-se à colação, de quando em quando, a norma processual segunda a qual toda pessoa pode ser testemunha (cf. artigo 202 do CPP). Lamenta-se dizer, entretanto, que as coisas não se passam com essa santa simplicidade que se quer ver. No feliz ensinamento de Borges da Rosa, em face da propalada norma processual, ‘não podemos, em matéria criminal, falar em incapacidades de testemunhas. Isto, porém, não impede que falemos em defeitos de testemunhas, ou sejam, motivos de caráter pessoal que tornam os depoimentos de certos indivíduos ou pessoas não ou menos merecedores de crédito’ (In Processo penal brasileiro, Vol. 2º, p. 64).

É certo que os policiais não estão impedidos de depor - e isso nem se discute -, mas, porque prenderam certo acusado, seus exclusivos depoimentos não se apresentam idôneos para um definitivo esclarecimento da verdade processual, ou para embasar, com a segurança desejada, um justo édito condenatório do preso. Não são, certamente, imparciais.

Relembre-se que, **em países com democracia solidificada, onde os direitos fundamentais do cidadão são levados a sério, nem mesmo se dá início à ação penal, se a prova nela espelhada só diga respeito a testemunhos policiais.** Prefere-se prosseguir com as investigações, até ter-se uma conformação probatória adequada a respaldar o processo-crime. **Aqui, de uns tempos para cá, ao se tratar de crime de tráfico, tudo ocorre de maneira diferente.** Talvez pela lei do mínimo esforço, deixasse ao largo uma investigação futura, bem dosada e emoldurando toda a sorte de provas, e se lança mãos de imediato da prisão em flagrante, nada importando se os testemunhos do estado de flagrância só digam respeito a policiais. Quer-se impor, a todo custo, a visão por eles mesmos preconcebida, sem adicionar-se um melhor e mais confiável conteúdo probante. E, **este Sodalício deve-se negar a ser carimbador da legalidade de uma situação dessa.**”

(0050041-74.2007.8.26.0050, Apelação Criminal com Revisão, Relator(a): Sydnei de Oliveira Jr., Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 18/09/2008).

Confram-se, ainda, os seguintes trechos de **parecer da lavra do procurador de justiça Plínio A. B. Gentil, do Ministério Público do Estado de São Paulo** (Ap. n. 0000024-56.2015):

“Os depoimentos de agentes da polícia, que atuaram na investigação, mesmo se prestados em juízo, não podem ter natureza de prova, podendo, quando muito, reforçar uma prova já existente e obtida conforme o padrão fixado pelo citado artigo 155. Não é que se duvide da sinceridade das testemunhas policiais. Nem que policiais estejam impedidos de depor. Nem tampouco que se imagine que eles depõem influenciados pelas diligências de que participaram antes. É que esses depoimentos inevitavelmente representarão uma reprodução, em sede judicial, de fatos que já cumpriram a sua finalidade com o oferecimento da denúncia ou da queixa. Eles já não podem ser valorados como prova e sim como elementos informativos que são, pois oferecidos ao juiz pelos próprios protagonistas da ação administrativa estatal de fornecer dados para o titular da ação penal. Não importa que sejam repetidos em juízo, porquanto o

lugar, ou a fase procedimental, em que isto se dá não retira a sua qualidade de dados informativos.

Fora isto, a admissão pura e simples, como prova, da confirmação de seus relatos anteriores, feita pelos agentes da persecução, em sede judicial, reconhece a inocuidade de todo o processo, no limite autorizando aceitar que o trânsito em julgado da condenação já floresça diretamente da prisão em flagrante, dispensando-se, por conseguinte, todo o custoso e desgastante aparato estatal e defensivo (Judiciário, Ministério Público, Defesa etc.), o que não pode, evidentemente, ser tido como compatível com um Estado Democrático de Direito.

(...)

Para finalizar, já é hora de polícia e Ministério Público se habituarem a cercar de maior consistência a colheita de provas no que concerne a acusações dessa espécie. Não é razoável continuar entendendo que basta a uma desejada condenação a palavra isolada dos agentes que efetuaram a prisão - e mais nada. Com tantos recursos tecnológicos hoje disponíveis, é vem possível juntar outros elementos à simples informação (padronizada) de que fulano ou sicrano foi flagrado com isto ou aquilo e que confessou informalmente o crime (quando há confissão). Nisto se resume a produção de elementos informativos, aos quais equivocadamente se pretende, mais tarde, em sede judicial, dar estrutura de prova.

Relatórios da autoridade policial e denúncias do promotor têm se acostumado a conformar-se com apenas isso. Assim fosse, de nada valeria todo o processo. É preciso, pois, vencer tal precariedade e ir à busca de prova de verdade, como assim considerada por lei. Não se está de outro jeito - sem embargo de entendimentos contrários - a prestar serviço à justiça, compreendida como instrumento de realização de igualdade e de (alguma) estabilidade social.”

E o referido parecer reproduz, também, outros julgados no mesmo sentido deste Tribunal de Justiça: “(...) (TJSP - 7ª Câm. - Ap. Cr. n. 1.465.651/6 - Com. de Campinas - j. 19/5/2005 - v.u.) (...) (TJSP - 15ª Câm. - Ap. Crim. n. 993.08.030764-4 - Com. de Sorocaba - Rel. Roberto Mortari - j. 09/dez./2008 - v.u.)”.

E quanto ao **ato infracional relativo à posse de entorpecente para uso próprio**, entendo que se trata de fato atípico, posto que inconstitucional a repreensão a uma conduta inserida na órbita da liberdade e autonomia individual, ou, quando muito, uma conduta auto-lesiva.

Pelas razões supra, **DEIXO DE RECEBER** a representação oferecida pelo *Parquet*.

Int.

Notas

- (1) Nessa linha, nosso Criminologia do achismo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 253, p. 14, 2013.
- (2) Em todos esses sentidos já se posicionou a doutrina: VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 112-116. O autor, inclusive, reproduz trecho de um artigo de um ex-policial americano que declara que “mentir é comum na cultura policial” (p. 115). Com isso, não se está a sustentar uma ampla aleivosia por parte de toda uma classe de profissionais, apenas se está a chamar a atenção para a realidade e para os dados que esta nos fornece, destacando que em um contexto de “guerra às drogas” é certamente temerário fiar a liberdade de alguém única e exclusivamente na versão apresentada por aquele que é destacado especialmente para “vencer tal guerra”.

Roberto Luiz Corcioli Filho
Juiz de Direito.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Direito Penal. Tráfico de drogas / entorpecentes. Plantio, cultura e colheita de vegetais para produção de drogas. Prova. Ausência de prova da materialidade. Princípio da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência.

**43.^a Vara Criminal do Foro Criminal da Comarca do Rio de Janeiro
AP 0030096-68.2015.8.19.0001
j. 15.12.2015 – public. 24.02.2016**

Sentença

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público em face de R. S. B. M., dando-o como incurso nas penas do artigo 33 e artigo 33 § 1º, inciso II, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal.

(...)

É o relatório.

Decido.

Encerrada a instrução criminal, não há qualquer elemento probatório sério a apontar que o material encontrado na casa do réu era destinado ao comércio ilícito de drogas (nesse sentido, o depoimento de F., porteiro do prédio em que a droga foi encontrada, é importante: não só pelo que relatou como também pela ausência de menção à presença de potenciais compradores no apartamento de R.). Aliás, para além de algumas conjecturas (apresentadas sem suporte firme em dados concretos) e dos “discursos de fundamentação prévia” (chavões e elementos discursivos marcados pelo “senso comum”, que demoniza qualquer acontecimento ligado às drogas etiquetadas de ilícitas), incompatíveis com a dimensão probatória que se extrai do princípio da presunção de inocência (retratada na máxima *in dubio pro reo*: ou seja, que diante da ausência de elementos probatórios firmes, deve-se sempre optar pela versão mais favorável ao réu), nada está a indicar que os exemplares vegetais cultivados por R. (que, desde a fase preliminar, sempre afirmou que o cultivo era destinado ao seu próprio consumo, inclusive com finalidade terapêutica) e apreendidos pelos agentes da persecução penal eram voltados (ou mesmo aptos) ao comércio de drogas ilícitas (frise-se, aqui, o caráter arbitrário da divisão entre droga “lícitas” e “ilícitas”, ambas prejudiciais à saúde individual daqueles que optam por consumir essas substâncias).

Dito isso, impõe-se reconhecer, desse já, que não há prova adequada ao reconhecimento da hipótese descrita na denúncia. Importante lembrar, ainda, que a única parcela do material apreendido própria para o consumo não ultrapassava 41, 60 gramas de “maconha”, quantidade

insuficiente para sugerir que essa droga era destinada ao comércio ou à obtenção de lucro. De igual sorte, ao contrário do argumentado pelo Ministério Público, a existência de um “tecnológico maquinário destinado à fabricação de entorpecentes” (fl. 171) não é indicativo de comércio, mas tão-somente de cultivo e produção. Em matéria penal, por evidente, não se pode presumir contra o indivíduo.

Mas, não é só.

De fato, como alerta a combativa defesa técnica, os órgãos encarregados da persecução penal fracassaram no ônus de demonstrar (alguns diriam, “carga probatória” atribuída à acusação) que os exemplares vegetais apreendidos (dezenove pés crescidos e quarenta e cinco mudas) possuíam tetrahydrocannabinol ou que fossem viáveis ao consumo (aptos a produzir o efeito entorpecente). Assim, diante dos elementos trazidos aos autos, não há como afirmar a violação do bem jurídico protegido pela norma penal que se extrai do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Impossível, diante da ausência de prova técnica adequada, excluir a incidência do artigo 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06 no caso em exame. Dito de outra forma: em razão da ausência de prova técnica, impossível afirmar que, no caso em exame, o acusado produziria “pequena” ou “grande” quantidade de drogas etiquetadas de ilícitas.

Registre-se, também, a inadequação da afirmação contida na denúncia de que as plantas apreendidas eram “matéria-prima para preparação de drogas”, uma vez que “matéria prima”, por definição, são, além dos bens que se integram ao produto novo, aqueles que sofrem desgaste ou perda de propriedade, em função de ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, ou proveniente de ação exercida diretamente pelo bem em industrialização e desde que não correspondam a bens do ativo permanente. Assim, se é verdade que a folha de coca é matéria-prima para a fabricação de cocaína, a planta *Cannabis Sativa* não é matéria-prima à fabricação da droga vulgarmente conhecida como “maconha”.

Ademais, viola o princípio da proporcionalidade punir com pena privativa de liberdade um indivíduo que, para fugir dos riscos gerados tanto pela “indústria da ilegalidade” quanto pela opção política que aposta no modelo bélico de enfrentamento de um problema que é, na realidade, de saúde pública, opta por cultivar a substância que pretende usar.

Por todo o exposto, e também por força do princípio da correlação/congruência entre acusação e sentença, que impede a inovação judicial acerca dos fatos descritos na denúncia, julgo improcedente o pedido contido na denúncia para absolver R. S. B. M. com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

(...)

Rubens Roberto Rebello Casara
Juiz de Direito.

1963

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Direito Penal. Tráfico de drogas/entorpecentes. Tráfico de drogas/entorpecentes privilegiado. Afastamento da hediondez. Redução da pena quando o agente for primário, tenha bons antecedentes e não se dedica à atividade criminosa ou integre organização criminosa. Direito subjetivo do réu. Princípio da proporcionalidade. Princípio da razoabilidade. Relação equilibrada entre gravidade do fato e a gravidade da pena.

**Vara de Execuções Criminais da Comarca de Londrina
Processo 038123-48.2016.8.16.0014
j. 28.06.2016 – public. 29.06.2016**

Vistos

O sentenciado J. O. S., atualmente cumprindo pena em regime

fechado, em decorrência de condenação pela prática de crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão (...), requer à seq. 12.1, o afastamento da hediondez do delito perpetrado, eis que em sede de condenação foi reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas. Para tanto, sustenta que o Supremo Tribunal Federal assim decidiu no *HC*. 118.533/MS.

(...)

Decido.

Recentemente, em 23.06.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no *HC* sob n. 118.533/MS, por maioria dos votos entendeu que o delito tráfico de drogas, quando aplicada a causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, qual seja, a modalidade privilegiada – conferida aos agentes primários, de bons antecedentes

criminais e desde que não se dediquem à atividade criminosa, nem integrem organização criminosa – afasta, necessariamente a hediondez do delito.

Acordaram da seguinte maneira:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas”.

Muito embora o acórdão não possua efeito vinculante, tampouco *erga omnes*, eis que proferido em sede de *Habeas Corpus*, não se pode ignorá-lo, porquanto emanado da mais alta Corte do país.

Inicialmente, em que pese a doutrina e jurisprudência denominar a causa de diminuição da pena prevista no §4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, de *tráfico privilegiado*, “tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição de pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena”.⁽¹⁾ Todavia, valer-me-ei, nesta decisão, do termo *privilegiado* para descrever a caracterização da causa de diminuição de pena.

O crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 e seguintes da Lei 11.343/06, em suas inúmeras modalidades e condutas tipificadoras, nos termos do inciso XLIII do artigo 5º da Carta Política e artigo 2º da Lei 8.072/90, são considerados equiparados a hediondo para todos os fins. Tal rotulação se estende também ao tráfico de drogas na sua modalidade privilegiada, tanto é que inúmeras vezes foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, que decidiu da seguinte maneira:

(...) 2. A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior. (...) (HC 114452 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012) (grifo nosso).

(...)

Como se nota, são extensos os efeitos decorrentes da equiparação a crime hediondo do delito de tráfico ilícito de entorpecentes na modalidade privilegiado, efeitos estes que muitas vezes se mostram demasiadamente desproporcionais à luz da pena imposta, que, ressaltado, não raras vezes atingem o patamar de 01 ano e 08 meses de reclusão em decorrência da causa de diminuição de pena oriundo do reconhecimento do *tráfico privilegiado*.

Partindo desse pressuposto, somado à intenção do legislador, consoante extrai-se da Exposição de Motivos da Lei 11.343/06, que entende pertinente e necessário dar tratamento diferenciado aos traficantes profissional e ocasional, este último, via de regra, dependente de droga, com a possibilidade de redução da pena e tratamento mais brando se comparado ao primeiro, “de forma a lhe proporcionar uma oportunidade mais rápida de ressocialização”,⁽²⁾ desde que preenchidos inúmeros requisitos cumulativos, os quais, segundo o §4º, do artigo 33, da aludida Lei, consubstanciam-se em; a) *agente primário*; b) *de bons antecedentes*; c) *não se dedique às atividades criminosas*; d) *nem integre organização criminosa*; soa-me demasiadamente desproporcional (art. 5º, LIV, CF/88) exigir os mesmos requisitos e impor as mesmas vedações constitucionais e legais ao traficante ocasional e profissional.

(...)

Não se pode olvidar, ademais, que grande parte dos reclusos, seja preventivamente, seja em cumprimento de pena, são, além dos traficantes ocasionais, incluindo-se as “mulas”, as mulheres que adentram ou tentam adentrar nos presídios na posse de substância entorpecentes visando entregar ao familiar que se encontra preso, fato que evidencia, mais uma vez, a desproporcionalidade da equiparação a delito hediondo, no que tange a esses sujeitos.

Não só na aplicação da pena deve prevalecer o tratamento mais brando ao traficante ocasional. Entendo que deva também incidir na Execução Penal e no próprio cumprimento da pena do sentenciado tal individualização, eis que somente dessa maneira dar-se-á efetiva aplicação ao privilégio conferido ao traficante ocasional, ou seja, à finalidade da previsão legal, em especial razão, que muito “*embora, com a prática delitiva, nasça, para o Estado, a pretensão punitiva pelo vilipêndio ao bem jurídico tutelado pela norma penal, é com a execução da sentença que se dá vida à sanção social*”.⁽³⁾

Nada obstante, a medida que vinha até então sendo adotada, de considerar o crime de tráfico de drogas privilegiado, previsto no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, equiparado a hediondo, confronta sobremaneira a própria *benesse* conferida pelo legislador ao agente que satisfaz os requisitos cumulativos por tanto.

Uma vez preenchidos os requisitos caracterizadores do tráfico privilegiado, e dessa forma condenado, exigir deste sentenciado o cumprimento de montante superior da pena para a progressão de regime e livramento condicional, bem como vedar a concessão das benesses de indulto e comutação de pena, é medida demasiadamente desproporcional, bem como, contrária à própria Lei de Drogas, eis que, malgrado o crime por ele praticado, não estão presentes circunstâncias delitivas que pontuam a gravidade do delito, tampouco pessoais que exprimem a necessária segregação do apenado por maior prazo ao criminoso comum, que, muitas vezes, perpetra crime com violência ou grave ameaça à pessoa, muito pelo contrário, a constatação desses requisitos demonstra que se trata de fato isolado na vida do agente.

(...)

A interpretação dada à legislação se tornou abusiva, pois passou a tratar sujeitos desiguais de mesma forma. Assim, evidencia-se o necessário controle difuso de constitucionalidade porquanto a previsão legal de equiparação do delito em apreço a hediondo ofende o princípio constitucional da proporcionalidade.

O crime de tráfico de drogas privilegiado não constitui tipo penal autônomo, é considerado, doutro modo, causa de diminuição de pena *sui generis*, de modo que torna a conduta perpetrada pelo beneficiário do §4, do artigo 33, da Lei 11.343/06, imbuída com o mesmo *desvalor penal* da conduta praticada pelo traficante profissional, contudo, consoante o exaustivamente exposto, o tratamento diferenciado é necessário em decorrência do sujeito, e não da conduta que pratica.

Além disso, “*cumprir assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não é equiparado a hediondo*”.

Ou seja, afirmar que o tráfico minorado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual”.⁽⁵⁾

Dessa forma, em sede de controle difuso de constitucionalidade, e com respaldo no princípio da proporcionalidade, em harmonia com o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS, **DEFIRO** o pedido e **DETERMINO** a retificação do relatório da situação processual executória do sentenciado para não mais considerar o crime de Tráfico de Drogas na modalidade Privilegiado, por ele praticado, como equiparado a hediondo.

(...)

Notas

- (1) LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. V. único, 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p.756.
- (2) LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. V. único, 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p.756.
- (3) PRADO, Luiz Regis, et. al. *Direito de Execução Penal*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.
- (4) (...)
- (5) Voto Ministro Luis Edson Fachin, HC 118.533/MS.

Katsujo Nakadomari
Juiz de Direito.